Der Vertragsschluss durch Benutzung mechanischer Mittel

nach dem B. G. B.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kaiser Wilhelms-Universität Strassburg

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

vorgelegt von

FRIEDRICH KLEIN

Referendar

aus

Gries (Unter-Elsass).

STRASSBURG i. E.

Elsass-Lothr. Druckerei, G. m. b. H., Dreizehnergraben 45.

1914.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548002_0048

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Straßburg.

Referent: Prof. Dr. von Tuhr.

DISPOSITION

Seite

Einleitung. § 1 5

Ausführung: Vertragsschluß durch Benutzung mechanischer Mittel nach dem B. G. B.

I. Allgemeiner Teil. §§ 2—3 8

1. Die Elemente des Vertrags. Willenserklärung und Erklärungsmittel. § 2 8

2. Mechanische Mittel in ihrer Anwendung beim Vertragsschluß: Ihr Zweck und ihre Gefahr. Abgrenzung des Themas. § 3 12

II. Besonderer Teil. §§ 4—9 18

1. Abschnitt. Abgabe einer Vertragserklärung durch Benutzung mechanischer Mittel. §§ 4—6 18

a) Vertragsschluß unter Benutzung des Stempels, der Schreib- oder Druckmaschine. § 4 18

b) Vertragsschluß unter Benutzung mechanischer Mittel zur Abgabe von Kollektivofferten. § 5 . 20

c) Das Automatengeschäft insbesondere. § 6 . . . 29

2. Abschnitt. Übermittlung einer Vertragserklärung durch Benutzung mechanischer Mittel. §§ 7—9 39

a) Vertragsschluß durch Benutzung des Telefons. § 7 39

b) Vertragsschluß durch Benutzung des Telegrafen. § 8 61

c) Vertragsschluß durch Benutzung des Ferndruckers und Fernschreibers. § 9 77

§ 1.

EINLEITUNG.

Der Rechtsverkehr der modernen Zeit wickelt sich ab in einer bunten Mannigfaltigkeit, und die Zahl der ihn beherrschenden Geschäfte ist im Vergleich zu früheren Zeiten eine sehr große. Kannte das älteste römische Recht nur einzelne wenige Verträge, fest ausgeprägte Typen, die den Bedürfnissen genügen mußten, so haben wir heute deren eine Unzahl verschiedensten Inhalts; und all die Einzelfälle sind kasuistisch nicht mehr aufzählbar. — Aber auch bezüglich der Form der Vertragsschließung hat sich ein Wandel im Laufe der Jahre vollzogen. Von der Formstrenge führte die Entwicklung zu einer Formfreiheit, die den denkbar höchsten Grad erreicht hat. Einer mancipatio mit ihren sakramentellen Worten, mit ihrer obligatorischen Anwesenheit von Parteien und Zeugen tritt heute ebenbürtig zur Seite der Automatenkauf, der sich ohne Wechsel von Worten, ohne Zeugen, ohne Anwesenheit wenigstens der einen Partei, nach typischen Regeln einmal wie's andere, man könnte fast sagen «mechanisch» vollzieht.

Neue Zeiten brachten neue Formen, neue Mittel. Das Recht, das auf so alter Grundlage beruht, nahm auch moderne Gedanken in sich auf, und so wurde heute von ihm manches anerkannt, was früher als durchaus unstatthaft angesehen wurde.

Mechanischer Mittel sich beim Vertragsschluß zu bedienen, wäre dem altrömischen Rechte unmöglich erschienen. Heutzutage hat die Technik, deren Blüte unser Zeitalter charakterisiert, ihren Eingang ins Rechtsleben

gefunden; sie hat angefangen auch hier eine Rolle zu spielen, sie hat sogar in hohem Maße befruchtend auf die Jurisprudenz gewirkt. Es war das Lebensbedürfnis der Menschen, das den Rechtsverkehr in diese Bahnen drängte; und so vollzog sich dieser Vorgang, ohne daß der Jurist ersucht worden war, ihn zuvor mit der Legitimation der logischen Konsequenz auszustatten. Wohl aber erwuchs diesem nachträglich die Aufgabe, das Verhältnis der sich nun ergebenden neuen Erscheinungen zum alten Rechte zu prüfen und in den bestehenden Gesetzen ihre Rechtfertigung zu suchen.

Da muß die Frage auftreten: Fanden sich denn im geltenden Rechte Normen, die die Benutzung mechanischer Mittel im Rechtsverkehr gestatteten und in denen für die vielen streitigen Rechtsbeziehungen, die deren Verwendung ergeben mußte, eine Anweisung zur rechtlichen Lösung gegeben war? Finden sich solche im heutigen Recht, oder ergaben sich nun Lücken im Gesetz, und wenn solche Lücken vorhanden sind, wie dann?

Man hat gesprochen von der logischen [1]) Geschlossenheit des Rechts: allein auf Grund der Logik ließen sich alle Vorschriften, die man brauche, jederzeit in den Gesetzen finden; «durch seine logische Expansionskraft decke ein Recht jeden Augenblick den ganzen Bedarf an Rechtsurteilen».

Diese Auffassung hat auf den ersten Blick etwas Bestechendes; aber sie stimmt mit den Tatsachen des Lebens nicht überein. Sie stellt nur ein erstrebenswertes Ziel an Stelle der Wirklichkeit; es gibt Fälle, wo auch die Logik nicht zu helfen imstande ist; denn tatsächlich werden oft Lücken empfunden, und die Auffassung, solche gebe es trotzdem nicht, ist daher nur eine Fiktion. Es gibt

[1]) cf. zum folgenden Erich Jung: Von der logischen Geschlossenheit des Rechts in der Festgabe der Giessener Juristenfakultät für Dernburg.

tatsächlich Lücken, und solche Lücken werden uns im folgenden des öfteren entgegentreten.

Aber auch wo Lücken sind, muß der Richter entscheiden. Soll er darum, wo ihn das Gesetz verläßt, in selbstherrlicher Weise Recht bilden? Soll es ihm anheimgegeben sein, in freier Weise sein Urteil zu sprechen? Ist er Gesetzgeber neben dem, zu dessen verfassungsmäßigen Aufgaben die Rechtssetzung gehört? Gewiß nicht. Er muß sich sein Recht zwar schaffen, wie es ihm richtig und zweckmäßig erscheint; aber nicht in freier Weise; sondern er muß eine Entscheidung finden, die aus dem Geiste des Gesetzes gesprochen ist; das Gesetz ist ja nicht eine Summe zusammenhangloser Paragraphen, sondern, wie Mot. S. 16 besagen, «ein organisches Gebilde innerlich zusammenhängender Normen, deren Prinzipien den Keim weiteren Ausbaues in sich tragen». Also es ist ein Komplex von Paragraphen, dessen Einzelbestandteile nur die Konkretisierung eines dem Ganzen zugrundeliegenden, das Ganze beherrschenden allgemeinen Gedankens sind; daher muß der Richter diesen Grundgedanken des Gesetzes erforschen und aus diesem seine Normen und seine Entscheidung herausentwickeln, wo der Wortlaut des Gesetzes und logische Ausdehnung sie ihm nicht unmittelbar an die Hand geben. Dann stellt sich aber sein Urteil nicht dar als ein willkürlicher Gesetzgebungsakt, sondern trotz allem als eine aus dem Gesetze selber sich ergebende Entscheidung, nämlich als Ausfluß der in diesem enthaltenen allgemeinen Regel.

Für uns aber ergibt sich folgendes: Wenn wir nun nach den Normen zu suchen haben, die den Vertragsschluß durch Benützung mechanischer Mittel regeln, so sind diese, soweit sie nicht ausdrücklich vom Gesetze ausgesprochen sind, zu entnehmen aus einem logischen Ausbau anderer Vorschriften, und dann, wo auch das nicht gelingt, aus dem Geiste des Gesetzes mit Rücksicht auf die Zweckmäßigkeit im einzelnen Fall.

I. ALLGEMEINER TEIL.

§ 2.

Die Elemente des Vertrags. Willenserklärung und Erklärungsmittel.

Die Personen regeln ihre rechtlichen Beziehungen zueinander durch Rechtgeschäfte; d. h. durch Handlungen, aus welchen das Vorhandensein eines bestimmten Willens zu entnehmen ist, und die gerichtet sind auf Hervorbringung eines Rechtserfolges. Die Rechtsgeschäfte können sein einseitige, wenn nur e i n e Person handelnd auftritt; oder zweiseitige, wenn z w e i Personen übereinstimmende, sich aber nicht deckende Willenserklärungen abgeben; d. h. wenn sie sich als Parteien gegenübertreten. Das zweiseitige Rechtsgeschäft nennt man Vertrag. Bald ist der Vertrag ein einseitiger, wenn aus ihm nur für eine Partei ein Recht, für die andere eine Pflicht entspringt, bald ein zweiseitiger, wenn beide Parteien zugleich berechtigt und verpflichtet werden. Eine weitere Einteilung der Verträge ergibt sich nach ihrem Gegenstand: danach kennt man obligatorische, dingliche, familienrechtliche und erbrechtliche Verträge. Die beiden letzteren scheiden für die jetzige Betrachtung aus. Aber es ist von Wichtigkeit, den Unterschied zwischen den zwei ersten hervorzuheben: der obligatorische Vertrag bezweckt die Begründung eines Forderungsrechtes, der dingliche die Schaffung dinglicher Rechte. Diese Unterscheidung ist zwar im Gesetz nicht gegeben, doch nur aus äußeren Gründen. Der erste Entwurf zum B. G. B. hatte ausdrücklich für die Begründung dinglicher Rechte einen Vertrag verlangt, und die zweite

Kommission entschloß sich zu einer Änderung des Ausdrucks durch das Wort «Einigung» nur deshalb, weil sie der Ansicht war, das Wort «Vertrag» entspreche nicht dem Sprachgebrauch des Volkes, und weil sie der Wissenschaft bezüglich der Konstruktion des Vertragsbegriffes nicht vorgreifen wollte.

Wenn wir nun zu untersuchen haben, inwiefern man sich beim Abschluß eines solchen Vertrags mechanischer Mittel bedienen kann und welche Rechtsfolgen aus ihrer Benützung entspringen, so ist diese Aufgabe nur zu lösen, indem wir die Frage einer Prüfung unterziehen, inwieweit die einzelnen Bestandteile eines Vertrags durch Anwendung mechanischer Mittel ins Leben gerufen werden können.

Zwei Willenserklärungen gehören, wie wir erwähnten, zu einem Vertrag; man nennt sie Antrag oder Offerte, und Annahme oder Akzeptation. Der Antrag muß bestimmt sein; er muß den wesentlichen Inhalt des Vertrages enthalten, dergestalt, daß er von dem Vertragsgegner mit einem bloßen «ja» beantwortet werden kann. Logisch ist er eine Frage. Er richtet sich an einen anderen; d. h. er ist empfangsbedürftig. Auch die Annahme ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung; manchmal aber nur ein bloßer Willensakt, wenn nach § 151 B. G. B. eine Erklärung der Annahme nicht erforderlich ist.

Beide in ihrer Summierung bilden den Vertrag. Das ist bestritten worden. Man [1]) hat gesagt, der Vertrag sei etwas von Offerte und Annahme Wesensverschiedenes; er sei ihr Produkt, nicht ihre Summe. Durch den Vertrag würden Offerte und Annahme aufgelöst; sie zerfielen ins Nichts. Dem kann nicht beigestimmt werden: in dem Vertrag lebt die Offerte weiter. Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Offerenten und seinem Gegner erfahren durch ihn bloß eine Verschärfung, nicht eine Neubegrün-

[1]) Zschimmer: Die Offerte an das Publikum, S. 22.

dung. Sie werden intensiver, aber nur insoweit als die Annahme der Offerte entspricht, denn im übrigen erlischt die Offerte.

Der Weg, den diese beiden Willenserklärungen, Offerte und Annahme, durchlaufen, vom Beginn der Willensbildung bis zu ihrer Wirksamkeit, müssen wir nun verfolgen, um darüber Klarheit zu finden, in welchen Stadien mechanische Mittel dazu dienen können, sie ihrer Vollendung entgegenzuführen.

Eine Willenserklärung setzt sich zusammen aus den verschiedensten Momenten, teils solchen interner Art, die sich lediglich im Bewußtsein einer Person abspielen, teils solchen, die das Produkt geistiger Arbeit in äußerlich erkennbarer Weise zum Ausdruck bringen.

Ennecc e r u s [2]) hat den ganzen Vorgang in 9 Teile zerlegt und in folgender Weise an einem Beispiel erläutert:

a) Entschluß, für 1000 kaufen zu wollen.
b) Absicht, diesen Willen dem Gegner bindend auszusprechen.
c) Die damit verbundene Absicht, ihn mit diesem Willen bekannt zu machen.
d) Als Mittel zu b und c gewisse äußere Kommunikationsmittel zu schaffen und
e) Dieselben dem Gegner zu übermitteln.

Hieran schließt sich das Eintreten des Erfolgs in der Person des Gegners.

f) Er bekommt die äußeren Zeichen in seine Macht.
g) Damit hat er auch den Willensausspruch in seiner Macht.
h) Er vernimmt die äußeren Zeichen.
i) Er versteht daraus, daß der Willensausspruch erfolgt ist.

Das ist der Entwicklungsprozeß empfangsbedürftiger Willenserklärungen. So verlaufen also auch die Offerte

[2]) Rechtsgeschäfte.

und die Annahme. Die Frage nach den Mitteln, deren man sich hierbei bedient, kann jedoch nur da auftreten, wo es sich darum handelt, den Willen zur Außenwelt in Beziehung zu setzen; also nicht bei der geistigen Tätigkeit des Offerenten im Entstehungsstadium der Erklärung, und nicht bei derjenigen des Akzeptanten, wo diesem der Inhalt des Antrags zum Bewußtsein kommt und er sich über die Annahme schlüssig wird.

Diese Beziehung zur Außenwelt ist aber, wie sich aus dem vorhin Gesagten ergibt, wiederum zweifacher Art. Entweder handelt es sich darum, ein äußeres Erklärungszeichen zu schaffen, also ein Zeichen, in welchem der Wille seinen Ausdruck findet: «man äußert seinen Willen»; oder darum, ein Kommunikationszeichen zu übermitteln, d. h. der Erklärung ihre Richtung auf den Gegner zu geben: «man entäußert sie».

Die Mittel, die man in beiden Fällen verwendet, nennen wir Erklärungsmittel. Sie sind mannigfaltigster Art und dienen bald dazu, beide genannten Funktionen zugleich zu erfüllen, bald nur die eine von ihnen. Das gesprochene Wort ist das häufigste Mittel, durch das ich meinen Willen zum Ausdruck bringen und andern mitteilen kann. Aber Erklärungsmittel sind auch das Nicken des Kopfes, das Aushängen einer Fahne, das Aufschlagen des Hammers bei einer Versteigerung; und man kann durch tatsächliche Handlungen seinen Willen bekunden und kann sich Dritter bedienen, um einem andern von ihm Kenntnis zu geben.

Doch welches Erklärungsmittel von den zahllosen, die einem zu Gebote stehen, man im Einzelfalle verwendet, das ist eine Frage, die nicht durch den rechtlichen Verkehr und nicht in einem Rechtssatz ihre Lösung findet, sondern die sich nach den Notwendigkeiten des praktischen Lebens regelt; denn rechtlich kommt es nur an auf den Erfolg: «daß der Wille nach außen in Erscheinung tritt und daß

er einem andern verständlich wird», nicht auf die Art und Weise, wie dieser Erfolg erreicht wurde.

Daraus ergibt sich aber der Grundsatz, der für uns von Bedeutung wird: Für eine jede Willenserklärung genügt jedes Erklärungsmittel.

Doch diese Regel ist nicht ohne Ausnahme. Überall dort, wo das Gesetz eine bestimmte Form für eine Rechtshandlung vorgeschrieben hat, bedeutet das die Bindung einer Erklärung an ein bestimmtes Erklärungsmittel. Wenn z. B. § 766 B. G. B. sagt, zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrags sei schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich, so bedeutet das: diejenige Offerte, durch die ich mich bereit erkläre zum Abschluß eines Bürgschaftsvertrags muß schriftlich sein. Nur mittels einer schriftlichen Urkunde kann ich meinen diesbezüglichen Vertragswillen bindend äußern und andern bindend kundtun.

In allen Fällen jedoch, wo das Gesetz ein bestimmtes Erklärungsmittel nicht ausdrücklich fordert, muß vom rechtlichen Standpunkt aus ein jedes genügen; überall da kann man sich auch eines mechanischen Mittels bedienen zu einer rechtlich vollkommenen Willenserklärung, zum Abschluß von Verträgen.

§ 3.

Mechanische Mittel in ihrer Anwendung beim Vertragsschluß; ihr Zweck und ihre Gefahr. Abgrenzung des Themas.

Erst im letzten Jahrhundert hat die «Maschine» ihre große Bedeutung gewonnen, und so ist die Tatsache, daß mechanische Mittel zum Abschluß von Verträgen benutzt werden, im großen und ganzen auch erst eine Erscheinung der Neuzeit. Es war nur eine konsequente Entwicklung,

wenn die Neugestaltung des Wirtschaftslebens auch auf das Rechtsleben von Einfluß war. Denn das Recht muß immer den Bedürfnissen des jeweiligen Verkehrs genügen; nur dann kann es den Anspruch erheben, ein vollkommenes zu sein. Darum war es aber auch damals nicht unvollkommen, als ein stipulatio noch dem Gesetz der drei Einheiten (Zeit, Ort und Handlung) unterworfen war. Es genügte eben einem beschränkten Verkehr.

Solche Schranken, wie das römische Recht sie kannte, konnten bei dem regeren Leben und den gesteigerten Bedürfnissen des modernen Zeitalters nicht mehr aufrecht erhalten werden. Und wenn nun im Wirtschaftsleben die Erfindung der Maschine dem allgemeinen Drang nach Ersparnis von Zeit und Arbeit in einzigartiger Weise entgegenkam, indem sich durch sie aus dem handwerksmäßigen Erwerb Fabrikwesen und Großbetrieb entwickelten, so waren es dieselben treibenden Motive, die die Maschine auch im Rechtsverkehr zur Geltung brachten; damit ergaben sich aber auch bis zu einem gewissen Grade dieselben Folgen und dieselben Gefahren; und so lassen sich in dieser Hinsicht zwischen dem Rechtsleben und dem Wirtschaftsleben mancherlei Parallelen ziehen.

Auch bei der Benutzung der Maschine im Rechtsverkehr kann man in einem gewissen Sinn von Arbeitsteilung sprechen, denn was ist es anderes, wenn die Post an unzähligen Orten Briefkästen aushängt — als Offerten zu Beförderungsverträgen — oder wenn eine Firma auf jedem Bahnhof einen Verkaufsautomaten aufstellt — was ist das anderes, als die Zerlegung einer Person in eine unzählige Anzahl selbständiger Einzelexistenzen, als die Verteilung einer großen Aufgabe auf viele, wenn auch auf stumme und leblose Diener!

Aber vor allem in einer anderen Beziehung ist eine Analogie unverkennbar. Der Handwerker arbeitet mit der Hand, mit seinen Organen. Hinter jedem einzelnen seiner Werke steht er mit seiner ganzen Persönlichkeit. Die Indi-

vidualität seines Schöpfers ist jedem einzelnen Produkte aufgeprägt. Man weiß genau, wer das einzelne Werk hergestellt hat, und der Handwerker selbst verbürgt sich für seine Vollkommenheit. All dies entfällt, wo sich der Großbetrieb geltend macht. Die Maschine tritt an die Stelle des Menschen. Aber sie arbeitet in immer gleicher Weise; sie erzeugt typische Produkte und setzt ihren Wert und ihre Tauglichkeit herab.

Ähnlich ist es im Rechtsverkehr. Nur wo persönliche Anwesenheit, persönliches Handeln, persönliche Rede und Gegenrede für die Verträge unbedingte Notwendigkeit ist, wird die Sicherheit des Verkehrs in strengster Weise gewahrt. Denn nur da ist dem einzelnen Rechtsgeschäft die Individualität der Parteien als essentiale beigefügt; nur da trägt jedes einzelne Geschäft seinen besonderen Charakter, und nur dann sind die Vertragsschließenden vollkommen beherrscht von dem Gefühl der persönlichen Verpflichtung. Damnas esto, sagte einst der Darlehnsgeber zu dem Schuldner, wenn er ihm die Geldsumme gab: «Mit Leib und Leben sollst du mir haften für die Berichtigung deiner Schuld». So erforderte es die Sicherheit des Verkehrs; und der gleiche Gedanke war es, der zum Ausdruck kam, wenn das römische Recht jede Obligation als iuris vinculum ansah und diese Natur so stark betonte. — Die Verkehrssicherheit mußte im Laufe der Zeiten dem Verkehrsbedürfnis geopfert werden. Es fiel die Forderung nach persönlicher Anwesenheit und persönlichem Handeln; der Grundsatz der Formlosigkeit der Rechtsgeschäfte drang durch und eröffnete auch der Maschine den Zugang zum Rechtsverkehr; und wo man nun Verträge abschloß «unter Benutzung mechanischer Mittel», da zeigten sich die der Verwendung einer Maschine überhaupt eigentümlichen Folgen: vor allem das Zurücktreten der Individualität. An ihrer Stelle ein mechanisches Handeln und damit ein Handeln nach typischen Formen, das dem Rechtsverkehr vielfach

das Interessante jeder Detailausgestaltung nahm — da man nun begann Verträge zu schließen mit stereotypem Inhalt — das aber noch weit gefährlichere Folgen zeigte, indem es den Mißbrauch solcher Maschinen ermöglichte. Man denke an einen Stempel, den der Dieb genau so brauchen kann wie sein Eigentümer, oder an ein Telefon, an dessen unbefugte Benutzung sich schwierige Rechtsfragen knüpfen. Daneben ergaben sich noch weitere Unzuträglichkeiten, die daraus folgten, daß man es eben nur mit einer Maschine zu tun hatte, und eine Maschine auch leicht versagen kann. — Wenn der Rechtsverkehr nun alle diese Gefahren willig auf sich nahm, so war es deshalb, weil die Vorteile den drohenden Schaden weit überragten, weil die Maschine eben unentbehrlich war. Wie hätte man denn ein Arbitragegeschäft schließen können ohne Telegraf, und von welch großer wirtschaftlicher Bedeutung ist doch dieses Ausgleichen örtlicher Preisdifferenzen für den Großhandel geworden!

Aus dieser Sachlage erklärt sich zweierlei: einmal, daß tatsächlich im Rechtsverkehr mechanische Mittel meistens nur da zur Anwendung kommen, wo kleine und kleinste Werte auf dem Spiele stehen; und dann, daß das Gesetz trotz des Grundsatzes: «für jede Willenserklärung genügt jedes Erklärungsmittel» es versuchen mußte, gerade der Anwendung m e c h a n i s c h e r Mittel Schranken zu ziehen.

Das sollte denn auch geschehen, wenn z. B. § 126 B. G. B. bestimmte, daß eine Unterschrift nicht mit dem Stempel abgegeben werden kann, daß ein schriftlicher Vertrag nicht unter allen Umständen telegraphisch abgeschlossen werden darf. — Das hierbei nie etwas Vollkommenes erreicht werden kann, liegt auf der Hand; denn es steht nicht in der Macht des Gesetzes technische Unvollkommenheiten auszugleichen; und dann, die Technik schreitet schneller fort als die Gesetzgebung; und so bedeuten mechanische Mittel im Rechtsverkehr auch heute

noch eine Gefährdung der Verkehrssicherheit. Immerhin zeigen alle diese Erwägungen, wie mechanische Mittel im Rechtsverkehr sich gerade für den Juristen von einem einheitlichen Gesichtspunkte aus betrachten lassen, und dies läßt es gerechtfertigt erscheinen, in einer juristischen Arbeit «die mechanischen Mittel, die zu Vertragsschlüssen benutzt werden», systematisch zu behandeln, wie sie sich darstellen nach der Art ihrer Benutzung und nach ihren Folgen.

Damit haben wir noch keine Definition dessen gegeben, was wir unter unser Thema fassen.

Mechanisch hat zum Gegensatz organisch. Also überall, wo man sich nicht bloß menschlicher Organe bedient, sondern eine Maschine, einen Mechanismus zu Hilfe nimmt, handelt man unter Benutzung mechanischer Mittel.

Für unsere Abhandlung ist jedoch zweierlei zu beachten. Einmal hat sie natürlich nicht einzugehen auf die zahllosen Möglichkeiten der Anwendung mechanischer Mittel im Privatverkehr. Sie kann sich vielmehr nur zur Aufgabe machen, solche mechanische Mittel zu behandeln, die im allgemeinen öffentlichen Verkehre stehen, und auch von diesen nur einzelne Typen, soweit sie für die juristische Behandlung von Interesse sind. Und dann müssen wir aus dem Rahmen unserer Betrachtung ausscheiden die Feder. Auch sie ist ja eine Maschine, die denkbar einfachste Maschine, deren man sich zu Vertragsschlüssen bedienen kann, deren man sich sogar bedienen muß in all den Fällen, wo schriftliche Fixierung wesentliche Voraussetzung der Gültigkeit eines Vertrages ist. Aber es besteht doch ein Unterschied: Haben wir eben betont, daß die Maschine die Individualität der Person nicht zur Geltung kommen lasse, so gilt dies gerade nicht von der Feder. In der Schrift, vor allem im Namenszug, ist doch etwas von der Person enthalten, etwas, das der Schrift Färbung verleiht, genau wie der Klang der Stimme dem gesprochenen Wort. Und damit scheidet gerade das Moment

aus, welches die mechanischen Mittel, die im Rechtsverkehr vorkommen, zu einer Einheit zusammenfaßt. — Eine Stelle des B. G. B. kommt unserer Argumentation zur Hilfe. Das Wort «mechanisch» kommt im B. G. B. nur ein einziges Mal vor, nämlich im § 793 Abs. 2 S. 2. Hier trifft das Gesetz nämlich Bestimmungen über die Form einer Inhaberschuldverschreibung. Eine solche müsse zwar schriftlich ausgestellt werden, brauche aber nicht — wie § 126 B. G. B. es sonst bei gesetzlich vorgeschriebener Schriftform verlangt — eigenhändig unterzeichnet zu werden, sondern es genüge eine im Wege der mechanischen Vervielfältigung hergestellte Namensunterschrift. Damit stellt das Gesetz die Unterschrift durch mechanische Mittel in ausdrücklichen Gegensatz zur Unterschrift durch die Feder; es schließt also stillschweigend die Feder aus der Reihe der «mechanischen Mittel» aus.

Diese Ausführungen führen uns zur Disposition, die dem folgenden zugrunde gelegt sein muß. Es werden zunächst zu behandeln sein die «mechanischen Mittel», mittels deren man einen Willen zum Ausdruck bringt, welche also dienen zur Abgabe einer Willenserklärung, zur Schaffung eines Erklärungszeichens; und diese wiederum in zwei verschiedene Gruppen. Daran wird sich anschließen als zweiter Teil die Betrachtung derjenigen «mechanischen Mittel», die zum Zweck haben die Übermittlung einer Willenserklärung; die man nämlich benutzt, um den Willen, nicht bloß dessen körperliche Träger, in die Entfernung zu tragen. Denn wo letztere befördert werden, sind es doch immer nur Menschen, welche handeln, mögen sie sich auch selber einer Maschine bedienen, um sich zu befördern. Daher werden wir es hier nur zu tun haben mit dem Vertragsschluß mittels des Drahtes, also mit dem Vertragsschluß auf elektrischem Wege.

BESONDERER TEIL.

1. Abschnitt.

Abgabe einer Vertragserklärung «durch Benutzung mechanischer Mittel».

§ 4.

Vertragsschluß unter Benutzung des Stempels, der Schreib- oder Druckmaschine.

Zur Abgabe einer Vertragserklärung oder einer Willenserklärung überhaupt, können mechanische Mittel in verschiedener Weise dienen. Wir behandeln zunächst die Fälle, wo man unter Benutzung der Schreibmaschine, des Druckapparates oder des Stempels Verträge schließt. Hier überall werden mittels einer Maschine gewisse Erklärungszeichen geschaffen, die einen allgemein verständlichen Inhalt haben, sodaß der Gegner, der diese Zeichen in seine Gewalt erhält, aus ihnen auf einen ganz bestimmten Willen eines anderen schließen kann. Durch Benutzung mechanischer Mittel bringt man also seinen Willen zum Ausdruck, gibt man eine Willenserklärung ab; und wo diese eine Offerte oder Annahme ist, da liegt eben ein Fall vor des «Vertragsschlusses unter Benutzung mechanischer Mittel». Daß ich mich des Stempels, der Schreibmaschine oder des Druckapparates zu einer Erklärung bedienen kann, die man formlos abgeben darf, ist selbstverständlich.

Anders da, wo es zur Vollkommenheit des Vertrags gehört, daß er oder daß wenigstens eines seiner wesentlichen Bestandteile, Offerte oder Annahme, schriftlich abgefaßt werden. Kann man sich auch eines mechanischen

Mittels bedienen, um den Erfordernissen der Schriftlichkeit zu genügen? Wie bereits erwähnt, sagt § 126 B. G. B.: «Ist durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben, so muß die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift unterzeichnet werden. Bei einem Vertrage muß die Unterzeichnung der Parteien auf derselben Urkunde erfolgen». Daraus ergibt sich: Der Erklärungsinhalt braucht nicht eigenhändig geschrieben zu sein. Er kann also hergestellt werden auf irgend eine Weise, daher auch durch Benutzung einer Maschine. Die Unterschrift dagegen muß eine eigenhändige sein, also mit der Hand geschrieben werden, d. h. nach dem Sinne des Gesetzes mit der Feder, nicht mit mechanischen Mitteln. Ob nicht ein Schreiben mit der Schreibmaschine genüge, ist allerdings bestritten. Dernburg sagt [1]), der Wortlaut des Gesetzes spreche wohl für die Bejahung, der Zweck des Gesetzes stehe ihr aber entgegen.

Dasselbe gilt auch nach § 127, also wenn vertragliches Übereinkommen eine Schriftform verlangt. Doch hier nur im Zweifel, also dann nicht, wenn Parteivereinbarung eine mechanische Unterzeichnung für genügend erklärt. Natürlich finden diese Regeln nur insoweit Anwendung als zur Gültigkeit einer schriftlichen Vertragserklärung eine Unterschrift überhaupt erfordert ist. Denn soweit diese wegfallen kann, kann natürlich die ganze Erklärung auf mechanischem Wege abgegeben werden. Manche rechnen hierzu den Fall, wo der Vertrag infolge rechtsgeschäftlich ausbedungener Schriftlichkeit im Wege des Briefwechsels abgeschlossen wird. Hier bedürfe es laut § 127, S. 2, keiner Unterzeichnung des Briefes. Dernburg [2]) z. B. ist dieser Ansicht. Ein derartiger Brief könnte demnach ganz mit der Schreibmaschine abgefaßt werden. Das ist wohl kaum anzunehmen. — § 127 will

[1]) cf. Allgemeiner Teil, § 136. Anm. 14.

[2]) § 139 III.

nur besagen, daß die zwei Urkunden nicht gleichlautende zu sein brauchen, nicht auch die Unterschrift wegfallen lassen. (So auch Kisch[3]) und v. Tuhr[4]).

Eine wirkliche Ausnahme von diesen Grundsätzen gibt das Gesetz in dem bereits zitierten § 793. Der Aussteller der Schuldverschreibung auf den Inhaber kann seine Namensunterschrift herstellen im Wege mechanischer Vervielfältigung. Nach allgemeiner Ansicht bezieht sich das aber bloß auf faksimilierte Unterschriften; demnach ist hier höchstens möglich ein Unterzeichnen mittels des Stempels, nicht durch Benutzung der Druck- oder Schreibmaschine.

§ 5.

Vertragsschluß unter Benutzung mechanischer Mittel zur Abgabe von Kollektivofferten.

In einer weiteren Gruppe von Fällen werden nun nicht durch eine «Maschine» Erklärungszeichen geschaffen, sondern eine Maschine selber ist Erklärungszeichen. Es ist nicht wie bei der Schreibmaschine das durch den Apparat hergestellte Werk, aus dem eine Willenserklärung zu entnehmen ist, sondern der Gegenstand selber in seiner konkreten Verwendung erscheint als Träger von Willenserklärungen, nämlich als Träger von Offerten.

Eine Willensäußerung ist ja nicht notwendig ein Sprechen oder Schreiben, sondern das gesamte Verhalten einer Person kann eine solche ergeben, nämlich dann, wenn dieses Verhalten einen bestimmten Willen mit Gewißheit erkennen läßt. So kann in diesem «Gesamtverhalten» auch eine Vertragsofferte liegen. Dieses «Verhalten» kann nun gerade darin bestehen, daß man sich

[3]) Grünhuts Z., 29, 347.

[4]) Allgemeiner Teil, 2. Bd., § 63 V 7 b.

gewisser Maschinen in einer Weise bedient, welche auf eine Vertragsofferte schließen läßt; hauptsächlich, indem man solche Maschinen im öffentlichen Verkehr — denn auf die Betrachtung dieses beschränkt sich unsere Abhandlung — in einer Weise funktionieren läßt, daß das Publikum darin Vertragsofferten erblickt. Wir denken dabei an das Zirkulierenlassen der Trambahn, der Pferdebahnen, an das Aushängen von Briefkästen seitens der Post, das Anbringen von Sammelbüchsen an den Verkehrszentren, das öffentliche Aufstellen von Automaten. Wenn wir hierin Abgaben von Offerten ersehen, so gehen dieselben natürlich immer aus von einer bestimmten Person; nur treten die betreffenden Personen im Verkehr gänzlich zurück, sodaß nach außen diejenigen Maschinen, die eigentlich nur dazu dienen, einen Willen erkennbar zu machen, selber als Träger eines Willens erscheinen. Die so abgegebenen Offerten sind somit abgegeben mittels einer «Maschine», also durch Benutzung «mechanischer Mittel», und daher sind auch alle Verträge, die auf diese Weise zustande kommen abgeschlossen «durch Benutzung mechanischer Mittel».

Wir haben hierbei die Lösung einer Streitfrage vorweggenommen, die jetzt noch zu behandeln bleibt. Ist es auch richtig in all den angeführten Beispielen von «Offerten» zu sprechen? Daß derjenige, der einen Automaten aufstellt, einen Briefkasten aushängt oder eine Trambahn zirkulieren läßt, unter gewissen Umständen den Menschen damit etwas sagen will, ist zweifellos. Wenigstens entnehmen diese aus solchen Handlungen eine Mitteilung. Doch welchen Inhalt hat dieselbe? Diese Frage ist in doppelter Weise beantwortet worden. Die einen, deren Ansicht wir uns anschließen, sprechen von einer Offerte, die andern sagen, es sei eine an die Öffentlichkeit gerichtete Aufforderung, Offerten zu machen. — Wir treten hiermit ein in ein äußerst bestrittenes Gebiet. Handelt sich's nämlich um Offerten, so sind sie jedenfalls

derart, daß sie nicht bloß von einer bestimmten Person angenommen werden können, daß also nicht nur ein einziger Vertragsgegner werden kann, sondern viele, ein unbeschränkter oder beschränkter Kreis von Menschen. Das aber ist das Wesen der sowohl bezüglich ihres Vorhandenseins wie bezüglich ihrer rechtlichen Natur sehr umstrittenen Offerten ans Publikum oder ad incertam personam.

Daß es derartige Offerten überhaupt gebe, ist von namhaften Juristen des «Gemeinen Rechts» durchaus bestritten worden. Sohm[5]) hat in eingehender Abhandlung der Offerte ad incertam personam Anerkennung verschafft, sich aber dagegen verwahrt, auch Offerten ans Publikum zulassen zu wollen. Biermann[6]) hat diese dagegen verteidigt; im Volke würden sie allgemein für zulässig gehalten; es existiere eine Reihe von Tatbeständen des praktischen Lebens, in welchen jede andere Konstruktion versage, wo insbesondere von einer Aufforderung, Offerten zu machen, die man sonst in allen diesen Fällen annehmen müßte, keine Rede sein könne. — Neumond[7]) hat versucht, eine scharfe Scheidung zwischen beiden zu finden. Diesem Wege sind weitere Schriftsteller gefolgt, während die meisten beide Ausdrücke als identisch ansahen. — Nur das letztere ist richtig. Das ergibt sich aus den Definitionen, die Sohm und Biermann, die beiden Hauptgegner in dieser Frage, den von ihnen behandelten Materien gegeben haben. Sohm sagt nämlich[8]): Im technischen Sinn wird mit einer incerta persona nur dann pacisciert, wenn die Vertragsofferte einer erst in Zukunft sich bestimmenden Person gemacht wird; d. h. wenn die Person des Oblaten im Moment der Vertrags-

[5]) Vertragsschluß unter Abwesenden und mit einer persona incerta in Zeitschr. f. H. R., Bd. 17.

[6]) Rechtszwang zum Kontrahieren in Iherings Jahrbuch, 32.

[7]) Neumond: Der Automat im Arch. f. c. Pr., Bd. 89.

[8]) a. a. O., S. 57.

offerte noch objektiv ungewiß ist. Die Person des Oblaten bestimmt sich in diesen Fällen erst im Moment der Annahme der Vertragsofferte. Wenn nun Biermann definiert: Offerten ans Publikum sind Offerten an unbestimmte Personen, nicht bloß subjektiv unbestimmte, sondern auch objektiv, unbestimmt aber nur bis zur Akzeptation, so folgern wir daraus, daß der Streit tatsächlich nur um Worte ging, nicht um den Inhalt.

Neumond hat in seiner Polemik gegen Biermann das Vorhandensein von Offerten ans Publikum nur deshalb leugnen können, weil er sich auf solche von Biermann fälschlicherweise verwendeten Beispiele stützte, welche überhaupt keine Offerten darstellen, also auch keine Offerten ans Publikum.

Jedenfalls stimmen wir Biermann in einem zu: es gibt Offerten ans Publikum, weil wir eben ohne diese Konstruktion im praktischen Leben nicht auskommen. Und in der Tat findet sich bei näherem Zusehen auch kein triftiger Grund, der dieser Annahme entgegenstünde. Es wird durch sie keines der wesentlichen Erfordernisse der Offerten verletzt. Die Offerte ist ja, wie wir früher sagten, ihrem Inhalte nach eine Frage, aber daß sich diese Frage an einen Bestimmten richte, ist nicht erforderlich.

Daß so verschiedene Anschauungen vertreten worden sind, hat in mannigfachen Verwechslungen seinen Grund. Bald legte man diesen Offerten ans Publikum besondere rechtliche Wirkungen bei, indem man sie aus der Reihe anderer Offerten heraushob; bald war man bestrebt, moderne Gedanken mit römisch-rechtlichen in Einklang zu bringen.

Wenn wir nun auch prinzipiell das Vorhandensein dieser «Offerten ad incertam personam», oder wie man sie sonst nennen mag, anerkennen, so haben wir damit noch nichts gesagt über ihre rechtliche Natur. Wer ist es denn nun, an den sie sich richten, wer ist Adressat? und wann sind sie bindend? Unterliegen sie denselben Regeln,

die für andere Offerten gelten, oder gibt es für sie Sonderbestimmungen?

Wollen wir der Lösung näher kommen, so sind folgende Punkte zu berücksichtigen: Gibt es Offerten an unbestimmte Personen, so ist unbestimmt immer nur die Person, an die sich die Offerte richtet, niemals diejenige, mit welcher man später kontrahiert. Die Personen, die miteinander einen Vertrag schließen, sind immer bestimmte, wenigstens objektiv; daß auch subjektiv ist nicht erforderlich.

Und weiter: die Offerte ans Publikum ist eine Offerte. Sie unterliegt daher denselben Voraussetzungen und trägt dieselben Merkmale wie jede andere Offerte auch, d. h.: sie muß vollständig sein, also den Inhalt des Vertrages so genau angeben, daß ein bloßes «ja» genügt, um ihn zustande zu bringen. Das ist in allen von uns angeführten Fällen der Fall. Die Willensäußerung, die in dem Zirkulierenlassen einer Trambahn liegt, ist genau umgrenzt, weil jedermann weiß, was das bedeutet.

Sodann ist eine solche Offerte nicht nur eine Willenserklärung, sondern eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie ist somit nur vollendet, sie existiert rechtlich überhaupt nur dann, wenn sie andern zugegangen ist. Denn eine jede empfangsbedürftige Willenserklärung ist erst vollendet, und damit wirksam und bindend im Augenblick, wo sie einem Adressaten zugeht (cf. § 7 der Abhandlung). Darum hat Sohm von seinem Standpunkte aus ganz recht, wenn er die paradoxe Behauptung aufstellt: die Offerte ad incertam personam sei genau genommen doch nur eine Offerte ad certam personam; nimmt er doch an, der Oblat bestimme sich erst mit der Akzeptation. Das Wichtigste jedoch ist das Folgende, was in der Literatur meist nicht berücksichtigt wird: es ist ein Begriffsmerkmal der Offerte, daß sie abgelehnt werden kann. Denn ein Antrag, den ich nicht ablehnen kann, ist kein Antrag mehr.

Somit kann es nicht richtig sein, wenn Sohm behauptet, diese Offerte sei immer nur gerichtet an einen Einzigen, den künftigen Vertragsgegner, denn bevor dieser sich fände, hätten wir es immer nur zu tun mit einem Versuch zu offerieren, genau wie wenn man laut im Zimmer spricht, ohne zu wissen, daß gar niemand anwesend ist; nachher aber wäre der Oblat gebunden, es wäre ihm also nicht nur offeriert worden. Für die Vertreter der Ansicht, daß der Vertrag verschieden sei von der Summierung von Offerte und Annahme und die Offerte daher im Vertrag nicht weiterlebe, ergäbe sich die weitere Folge, daß wir hier einen Vertrag hätten ohne Offerte; denn bevor dieser entstünde, existierte sie noch nicht, nachher nicht mehr.

Eine weitere Erwägung bestärkt uns in der Auffassung. Wäre die Sohmsche Theorie richtig, so gäbe es nie Offerten, die sich an mehrere richten könnten. Nun stellte Art. 337 a. H. G. B. die Auslegungsvorschrift auf, daß ein Anerbieten zum Kauf, das erkennbar für mehrere Personen geschehe, kein verbindlicher Antrag sei. Wäre von vornherein eine Offerte an mehrere undenkbar, so wäre dieser Bestimmung ohne weiteres der Boden entzogen gewesen.

Aber auch das ist nicht richtig, Oblaten das Publikum im weitesten Sinn zu nennen; denn dann müßte die Offerte jedem einzelnen aus dem Publikum gegenüber ohne weiteres bindend sein, sobald sie dem Publikum als Ganzem, d. h. als Einzigem, zugegangen wäre. Das ist sicher nicht der Fall, und wenn Biermann sich aus dieser Lage damit befreit, daß er die Offerte ans Publikum für frei widerruflich erklärt, so ist das willkürlich und rein aus der Luft gegriffen.

Nun sagt zwar Zschimmer[9]), ein Mittelding gebe es nicht, und demnach müßten wir uns trotz aller Wider-

[9]) a. a. O., S. 14.

sprüche zu einer der vorgetragenen Ansichten entscheiden. Aber diese Behauptung ist nicht richtig; auch die Offerte ans Publikum ist, wie andere Offerten, wirksam und bindend, wenn sie zugeht. Wann ist dies der Fall?

Wir haben bereits gesagt, ein Briefkasten, eine Trambahn, ein Automat erscheinen als selbständige Träger von Offerten. Angenommen das treffe zu; nun denke man sich von ihnen Willenserklärungen ausgehend, wie Strahlen vom Brennpunkt, also nicht nur eine, sondern viele, und nicht nur einmal, sondern dauernd; es wären Kollektiverklärungen und zwar permanente Kollektiverklärungen; die einen von ihnen verlieren sich im Weiten, die andern treffen auf den Punkt, den sie suchen und verdichten sich damit zu Offerten; dadurch nämlich, daß sie einen Oblaten finden, und das geschieht jedesmal dann, wenn einem aus dem Publikum diese Erklärung zum Bewußtsein kommt, mag dieses «sich bewußt werden» auch nur darin bestehen, daß er sagt, «ich könnte, ich will aber nicht». Ist dieses Bewußtsein aber in einer Person hervorgerufen, dann ist ihr die Erklärung auch zugegangen und dann ist der Erklärende auch gebunden; denn nun liegt es allein an dem Oblaten, anzunehmen oder nicht anzunehmen.

Aber diese Bindung ist nicht dauernder Art; sondern es gilt der Grundsatz: der Antrag muß sofort angenommen werden; zwar nicht, weil es sich unbedingt handele um eine Offerte an einen Anwesenden, aber weil der Antrag angenommen werden muß, in einer den Umständen entsprechenden Zeit (§ 147), und das bedeutet hier nichts anderes als sofort: wer heute einen Automaten aufstellt, will nicht morgen und nicht in einer Stunde einen Verkauf abschließen, sondern j e t z t. Reagiert der Empfänger nicht sofort auf die Offerte, so wird der Erklärende frei, und nun gehen vom selben Punkte neue Offerten aus, und der gleiche Vorgang wiederholt sich. Am klarsten erläutert sich dies bei der Trambahn: solange sie hält, bedeutet das für das Publikum: steigt ein; und kommt

jemand herzu, der in der Lage ist, sofort aufzusteigen, so muß er mitgenommen werden; kommt hingegen jemand zu spät, so ist sie nicht verpflichtet zu warten, denn hier ist die Offerte schon nicht mehr bindend. Und eile ich einem Automaten zu, mit einem Zehnpfennigstück in der Hand, so ist es widerrechtlich, wenn der Besitzer ihn nun noch schleunigst entfernt.

Dabei können wir aber verzichten — und das spricht für die Richtigkeit unserer Ansicht — auf die Regel von der freien Widerruflichkeit, die Biermann gibt; aber auch die andere können wir fallen lassen: die Zurückweisung der Akzeptation ex justa causa. Auch diese Theorie war für Biermann nur Mittel zum Zweck, zur Lösung der Frage: wie ist es, wenn die Trambahn gefüllt ist, wenn der Automat geleert ist? Man hat gesagt, es seien nur soviel Offerten abgegeben, als Gegenstände im Automat, als Plätze in der Trambahn. Sei nun die Bahn besetzt, so bestünden die Offerten nur noch als Bestandteile der abgeschlossenen Verträge, nicht mehr als solche: daher gebe es da auch keine Annahme mehr. Auch das ist falsch; richtig ist, daß man nur soviel Verträge abschließen kann, als Gegenstände im Automaten sind usw., aber die Zahl der Verträge braucht sich doch nicht mit der Zahl der Offerten zu decken. Die Sache liegt vielmehr anders: die Trambahn mit 40 Plätzen offeriert vielleicht an Unzählige, aber nur unter der Voraussetzung, daß sie sich unter den 40 ersten Annehmenden befinden; und ist sie einmal besetzt, so gehen keine neuen Offerte mehr von ihr aus; nur noch Scheinofferten. Erleide ich daher einen Schaden, indem ich auf eine solche Offerte vertraute, so kann ich unter Umständen Schadensersatz verlangen, aber niemals kontraktlichen, sondern stets außerkontraktlichen. Die Regeln von der freien Widerruflichkeit und von der Rückweisung ex justa causa führen nur deshalb zu guten Resultaten, weil in den meisten Fällen, wo die Regeln praktisch würden, Kontrahierungszwang besteht;

wäre das nicht, so würden ihre Fehler sehr bedenklich werden.

Sind nun das Aufstellen des Automaten, das Zirkulierenlassen der Trambahn, das Aushängen eines Briefkastens usw. wirkliche Offerten zu Verträgen; sind sie nicht bloße Aufforderungen, Offerten zu machen? Welches ist denn das Kriterium, das die beiden voneinander scheidet? Eine Regel, die sich immer bewährt, läßt sich nicht geben. Art. 337 a. H. G. B. wurde fallen gelassen, als den Tatsachen nicht immer entsprechend. Entscheidend ist allein der Wille des Erklärenden. Hat dieser die Absicht, sich mit seiner Erklärung zu binden, dann haben wir eine Offerte; andernfalls aber eine bloße Annonce.

Darum sind auch richtige Offerten alle Beispiele, die wir angeführt haben. Der Automatenbesitzer erklärt durch das Aufstellen des Automaten in unzweideutiger Weise, daß er mit jedem kontrahieren wolle, der das vorgeschriebene Geldstück einwerfe; der Führer der Elektrischen hat sich verpflichtet, jeden Fahrgast, der mitfahren will, aufzunehmen, solange es ihm möglich ist, und der andere seine Gegenverpflichtungen erfüllt; er will sich's nicht vorbehalten, die zurückzuweisen, die ihm nicht genehm sind. Man mag vielleicht dem entgegenhalten, das könnte verschieden sein in jedem einzelnen Fall; der eine könne sich verpflichten wollen, der andere aber nicht. Dem ist nicht so. Wie die Auffassung und das Rechtsbewußtsein des Volkes den Vorgang ansehen, so muß er auch juristisch aufgefaßt werden; also wo, wie in allen unseren Beispielen, die Verkehrsanschauung einen solchen Willen erkennt, da ist er eben auch vorhanden. Zum Beweis für die Richtigkeit unserer Theorie diene noch das Folgende: Wären das alles keine Offerten, so müßten notwendig die Tätigkeiten, in denen wir die Annahme sehen — also die Handlungen des Publikums — die Offerten sein, und auf diese erst müßte die Annahme folgen. Eine Annahme aber ist etwas, das sich nur im Bewußtsein

einer Person vollziehen kann; es müßten daher die Postverwaltung, der Straßenbahnführer oder der Automatenbesitzer erst von den Offerten des Publikums Kenntnis haben, ehe ein Vertrag zustande kommen könnte, und dieses Resultat ist unmöglich.

Ist nun auf die vorbezeichnete Weise eine Offerte gemacht, so wird sie durch die folgende Annahme zum vollkommenen Vertrag ergänzt. Diese Annahme kann aber in unseren Fällen, wie überhaupt bei der Offerte an das Publikum, nur in einer genau bestimmten Weise erklärt werden, und das ist verschieden in jedem einzelnen Fall; dann genügt allerdings auch die durch eine tatsächliche Handlung erfolgte Annahme; einer besonderen Erklärung an den Vertragsgegner bedarf es nicht, da eine solche nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist. (§ 151 B. G. B.) Diese Handlung muß dafür aber eine solche sein, die den Annahmewillen in besonders intensiver Weise hervortreten läßt: bei der Elektrischen das Aufspringen, bei Briefkästen das Einwerfen. Dann stellt sich aber ein jeder auf diesem Wege entstandene Vertrag als ein solcher dar, der abgeschlossen wurde «durch Benutzung mechanischer Mittel».

§ 6.

Das Automatengeschäft insbesondere.

Alle diese allgemeinen Erörterungen bezogen sich auch auf den Automaten. Weitere Besonderheiten, die ihm eigentümlich sind, und der Umstand, daß er im Leben in besonders mannigfaltiger Weise eine Rolle spielt, rechtfertigen es, ihn speziell einer besonderen Betrachtung zu unterziehen.

Automat kommt von «automatos» und bedeutet «selbsttätig». So ist dieser Name im Sprachgebrauch allen Apparaten zugelegt worden, die als selbsttätige Maschinen

zum Verkauf von Waren und zur Bewirkung anderer Leistungen im Stande sind. Man hat die Automaten verglichen mit dem römischen Sklaven, der rechtlich auch nur Sache, nicht Person war. Aber dieser war eben nur rechtlich eine Sache, tatsächlich besaß er einen Verstand und einen selbständigen Willen; daher ist ein solcher Vergleich verfehlt, jedenfalls können wir für unsere Zwecke daraus keine Konsequenzen ziehen; es waren vielmehr ganz neue Probleme, die sich ergaben, als man begann, «Automatengeschäfte» zu schließen. Diese Geschäfte sind nun heute sehr mannigfaltiger Art; die Verwendung des Automaten beschränkt sich nicht etwa auf den Verkauf von Waren, sondern wir finden ihn zugleich als automatische Wage, als Musikautomat, als Mittel zur Ausgabe von Fahrkarten oder Unfallversicherungspolizen am Bahnhof, und die neueste Funktion ist die auf der Post, wo man ihn mit äußerst kompliziertem Mechanismus zur Abfertigung von Einschreibebriefen verwendet.

Es ist verschiedentlich der Versuch gemacht worden, eine systematische Einteilung für diese Verträge zu finden; Böhmert[10]) z. B. gibt folgende Aufstellung:

1. Verkaufsautomaten;
2. Werkleistungsautomaten;
3. Legitimationspapierautomaten;
4. Schenkungsautomaten;
5. Geldspielautomaten.

Ob hiermit eine vollständige Aufstellung aller Typen gebracht ist, ist schwer zu sagen. So wie sich die Verträge an sich nicht restlos unter bestimmte Kategorien ordnen lassen, so wird sich auch hier schwerlich ein System finden, in das sich alle die verschiedenen Arten von Automatengeschäften einreihen ließen; vor allem auch deshalb nicht, weil wir hier noch lange nicht eine abgeschlossene

[10]) a. a. O., S. 4.

Entwicklung vor uns haben, und daher neue Erfindungen jedes System leicht wieder unvollständig machen können.

Die rechtlichen Besonderheiten des Automaten beschränken sich nun nicht auf das Gebiet des Zivilrechtes, sondern auch strafrechtliche und verwaltungsrechtliche Fragen sind durch ihn akut geworden; unsere Abhandlung kann sich aber nur auf die ersteren erstrecken.

Hierbei ist als erster Grundsatz das vorhin Gesagte noch einmal zu betonen: Das Aufstellen eines Automaten unter bestimmten Voraussetzungen und Verhältnissen bedeutet von seiten des Aufstellers eine Offerte an das Publikum; nicht eine bloße Aufforderung, Offerten zu machen. Das ist nachgewiesen. Es bleibt nur noch eine dritte Ansicht, die allerdings mehr historischen Wert hat, zu widerlegen. Ihering[11]) hat nämlich in seiner Jurisprudenz des täglichen Lebens eine dritte Konstruktionsmöglichkeit gegeben: Man könnte dieses Aufstellen eines Automaten vielleicht auffassen als eine Auslobung. Nun ist aber die Auslobung nach § 657 B. G. B. die durch öffentliche Bekanntmachung erfolgende Aussetzung einer Belohnung für die Vornahme einer Handlung, insbesondere für die Herbeiführung eines Erfolges; und der Auslobende ist zur Leistung auch dann verpflichtet, wenn jemand die Handlung nicht mit Rücksicht auf die Auslobung vorgenommen hat. Die Leistung des Auslobenden trägt somit den Charakter der Belohnung, beim Automaten ist die Leistung Erfüllung einer Verbindlichkeit; und weiter ist das Automatengeschäft ein Vertrag, die Auslobung aber ein einseitig verbindliches Versprechen, denn durch § 657, 2 B. G. B. ist die im gemeinen Recht vertretene Vertragstheorie ausdrücklich abgelehnt worden. Daher hätte eigentlich allein auf Grund des gemeinen Rechtes die Iheringsche Auffassung ernstlich zur Erwägung kommen können; nach heutigem Rechte ist sie ausgeschlossen.

---

[11]) Abschnitt 21, Nr. 11.

Während die Offerte nun bei allen Automaten in gleicher Weise abgegeben wird, ist die Annahme verschieden, je nach der Art des Apparates; nur eines steht, wie schon erwähnt, fest: Sie kann immer nur auf eine ganz bestimmte Art vorgenommen werden und bedarf keiner Erklärung an den Automatenbesitzer. (So auch Neumond[12]). Meist erfolgt die Annahme durch das Einwerfen eines Zehnpfennigstückes. Bald genügt dies allein, bald erfordert die Konstruktion des Apparates noch irgend eine andere Handlung (Ziehen eines Ringes); das ist hier unwesentlich.

Wird bloß eine ähnliche Handlung vorgenommen, nicht die erforderte, so ist der Vertrag keinesfalls vollendet, so nicht, wenn ich statt des Zehnpfennigstückes zwei Fünfpfennigstücke einwerfe, oder wenn ich einen Knopf in den Spalt stecke; aber auch dann nicht, wenn das eingeworfene Geldstück einen höheren Wert repräsentiert, als verlangt war; letzteres ist aber bestritten. Günther[13]) z. B. ist der Ansicht, der Aufsteller werde mit dem Einwurf einer höherwertigen Münze erst recht einverstanden sein. Aber das ist in einem reellen Geschäftsbetrieb keineswegs so, daß ein über den geschuldeten hinausgehender Preis ohne weiteres mit Freuden angenommen wird, und hier wird das umsoweniger der Fall sein, als jedes Einwerfen eines anderen als des bezeichneten Gegenstandes, leicht eine Beschädigung des Apparates zur Folge haben kann. Wenn der Automateninhaber seine Ware anbietet für 10 Pfennige, so bedeutet das nicht mindestens für 10 Pfennige, sondern überhaupt nur für 10 Pfennige. (Ähnlich Auwers[14]).

Eine weiterhin theoretisch interessante Frage, die Ihering zum ersten Mal aufgeworfen hat, ist die, ob das Automatengeschäft sich als Vertrag unter Anwesenden

[12]) a. a. O., S. 192.
[13]) a. a. O., S. 27.
[14]) a. a. O., S. 9.

oder als solchen unter Abwesenden darstelle. Unter Anwesenheit versteht man nach richtiger Auffassung, wie wir noch später begründen werden, bloße körperliche Anwesenheit. Allerdings ist um «unter Anwesenden» zu kontrahieren, nicht erforderlich, daß die Parteien persönlich handeln, sie können auch in Verbindung treten durch ihre Vertreter. Denn der Vertreter ist in gewissem Sinne ein alter ergo des Vertretenen. Es ist wie wenn dieser selbst da wäre. Hier könnte man sprechen von einer fingierten Anwesenheit. Beim Automatengeschäft nun ist der Automat allerdings scheinbar ein selbständiger Träger eines Willens, aber auch nur scheinbar. Darum wird nicht mit ihm selbst kontrahiert, denn dazu müßte er eine juristische Person sein. Aber ebensowenig ist er Vertreter seines Herrn, sondern nur eine Maschine, nur sein Organ; daher kann er höchstens verglichen werden mit einem Boten, der seinen Herrn in der Erklärung, nicht im Willen vertritt. Wenn man aber mit einem Boten kontrahiert, so schließt man immer einen Vertrag unter Abwesenden; denn die beiden Willensbetätigungen stoßen nicht direkt aufeinander, wie es bei Anwesenden der Fall ist, sondern nur durch Vermittlung eines anderen. Dasselbe gilt aber auch bei der Benutzung des Automaten; hier steht ein Gegenstand trennend zwischen den Parteien; der Vertrag ist also ein solcher unter Abwesenden.

Günther[15]) hat versucht, das Gegenteil nachzuweisen durch den Vergleich mit dem römischen Sklaven; aber dieser war Träger einer natürlichen Persönlichkeit und daher auch eines wirklichen Willens, und zu seinem Herrn stand er nicht als Werkzeug, sondern, wo er Geschäfte für ihn schloß, als Vertreter, nämlich als gesetzlicher Vertreter. War dies auch eine gesetzliche Vertretung sui generis, d. h. eine solche, auf die die allgemeinen Regeln nicht Anwendung fanden, so ändert dies an der

[15]) a. a. O., S. 12.

Tatsache nichts [16]). Daher lassen sich aus diesem Vergleich die von Günther gezogenen Konsequenzen nicht ziehen.

Besondere Schwierigkeiten ergeben sich dann, wenn der Mechanismus des Automaten versagt. Für die juristische Behandlung sind dabei zwei Fälle zu unterscheiden; entweder liegt das Nichtfunktionieren daran, daß der Apparat von seinem Eigentümer nicht in Tätigkeit gesetzt worden ist (der Verkaufsautomat ist leer, der Musikautomat ist abgestellt) oder der Grund ist ein Fehler im Mechanismus. Im ersten Falle liegt die Sachlage so: bloß das Aufstellen des Automaten unter gewissen Umständen und Voraussetzungen bedeutet eine Offerte, nämlich unter solchen Umständen, daß ein auf einen Vertragsschluß gerichteter Wille in dem Aufstellen zu erkennen ist (also der Verkaufsautomat muß gefüllt sein) [17]). Solange diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind, wenn er also nicht oder nicht mehr mit Waren versehen ist, gehen auch keine Offerten von ihm aus; also ist hier auch keine Annahme möglich; somit wird in diesen Fällen trotz der scheinbaren Annahme, tatsächlich kein Vertrag abgeschlossen. Solche Umstände werden regelmäßig durch die Technik des Apparates berücksichtigt, sei es durch eine Notiz, die mechanisch an demselben erscheint, sobald sein Inhalt geleert ist, sei es dadurch, daß in diesem Falle das eingeworfene Geldstück den Apparat wieder von selbst verläßt. Hierin erkennen wir aber nicht wie Böhmert [18]) einen Widerruf der Offerte, da eine solche gar nicht mehr vorlag; sondern es bedeutet eine Mahnung an das Publikum zur Vorsicht und eine Garantie für den Aufsteller, der sich so gegen die Folgen eines culposen Handels schützt. Wirft der Benützer trotz des Vermerkes sein Geldstück ein, so hat er gegen den Automatenbesitzer

[16]) cf. Sohm, IV. Aufl., § 32.
[17]) cf. Neumond, S. 191.
[18]) a. a. O., S. 46.

einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812, 1 B. G. B.); das gleiche auch dann, wenn der Apparat einen das Nichtfunktionieren anzeigenden Vermerk nicht trägt. Nur wird hier möglicherweise noch eine weitere Haftung des Besitzers wegen Verschuldens entstehen, aber nur eine außerkontraktliche (evtl. § 826) keine kontraktliche; und das natürlich erst recht, wenn der Eigentümer in betrügerischer Absicht den Apparat so hatte stehen lassen.

War hingegen ein Fehler im Mechanismus der Grund, warum der Apparat seine Leistung nicht erfüllte, so ist ein Vertrag wohl zustande gekommen; denn mit dem Einwurf war er perfekt. Daher bedeutet das Versagen des Apparates eine Nichterfüllung seitens des Vertragsgegners, und für die hieraus resultierenden Verpflichtungen gelten die allgemeinen Regeln des Schuldrechtes; es wird also in allererster Linie die Frage nach einem etwaigen Verschulden zu prüfen sein.

Wirft ein Geschäftsunfähiger oder ein Geschäftsbeschränkter ohne Genehmigung des gesetzlichen Vertreters ein Geldstück in den Automaten, so ist dadurch an sich ein wirksamer Vertrag nicht entstanden; denn es ist keine rechtsgültige Annahme der Offerte erfolgt. Oft wird er aber nach § 110 B. G. B. gültig geworden sein, wenn nämlich dem Minderjährigen das Geld zur freien Verfügung überlassen worden war.

Auch die Wirkungen, die der Tod des Automateninhabers auf die Offerte hat, richten sich nach allgemeinen Regeln; die Offerte wird nämlich trotzdem weiter dauern, und ihre Wirkungen werden auch die Erben treffen. Anders im gemeinen Recht.

Für den Normalfall ergibt sich noch ein weiteres Problem, nämlich die Frage: welchen Charakter trägt der abgeschlossene Vertrag? Das läßt sich nicht für alle Geschäfte einheitlich beantworten, denn je nach der Art des Automaten handelt es sich um einen Kauf, um Miete,

Werkvertrag, Versicherungsvertrag oder um einen im B. G. B. nicht geregelten Vertrag. Näherer Erläuterung bedarf nur die Natur des Verkaufsautomatengeschäftes, weil sie in der Literatur umstritten ist: Die einen halten es für einen obligatorischen Vertrag, andere für einen dinglichen; weitere Schriftsteller sprechen von einer Verbindung eines obligatorischen mit einem dinglichen.

Nun ist ja nicht zu leugnen, daß der Automatenkauf einige Besonderheiten aufweist, die ihn von sonstigen Kaufverträgen unterscheiden. Der Apparat dient nämlich mehreren Zwecken. Zunächst vermittelt er die Willenserklärung des Offerenten; dann hilft er dem Akzeptanten bei der Annahme, da diese nicht vollzogen werden kann ohne seine Benutzung, und schließlich dient er zur Erfüllung des Vertrages, indem er die Ware zu Eigentum tradiert. Eine weitere Besonderheit liegt sodann darin, daß der Kauf stets ein Pränumerationskauf ist und daß diejenige Handlung, welche die Annahme darstellt, zugleich auch diejenige ist, mit der der Annehmende die ihm obliegende Leistung bewirkt. Aber alle diese Eigenschaften entspringen nicht, wie Böhmert[19]) meint, aus einer besonderen rechtlichen Natur des Verkaufsautomatengeschäftes, sondern aus der Technik des Apparates; und auf diese allein kann man eine rechtliche Konstruktion nicht stützen; sondern diese erklärt lediglich den tatsächlichen Vorgang: «Daß ich den gekauften Gegenstand gleich nach Einwurf des Geldes erhalte, also gleich nach Abschluß des Vertrages, und daß ich vorleisten muß». Wenn Böhmert daraus folgert, daß ich hier keinen obligatorischen, sondern nur einen dinglichen Vertrag schließe, so ist das falsch. Böhmert stellt nun allerdings diese Behauptung nicht allein bezüglich des Automatenkaufs auf, sondern stellt diesem eine Reihe von Geschäften des täglichen Lebens gleich; er sagt im Anschluß an Fit-

[19]) a. a. O., S. 36 f.

ting[20]): «Wenn ich in einem Bäckerladen mit der einen Hand eine Semmel nehme, mit der andern den allbekannten Preis hinlege, wer wollte dann sagen, daß mein Besitz und Eigentumserwerb an dem Backwerk erst durch Vermittlung einer zwischen dem Kauf selbst und der Tradition in der Mitte liegenden obligatorischen Verbindlichkeit des Bäckers vorgegangen sei?» — Allerdings muß man das behaupten; man darf nur nicht vergessen, daß es sich hier nur handelt um eine Trennung in der rechtlichen Konstruktion, nicht des tatsächlichen Vorgangs. Eine tatsächliche Einheit kann sich logisch doch darstellen als eine Zweiheit. Auch Cosack[21]) hält Fittings Ansicht für gekünstelt und unzutreffend: «Wenn A. und B. miteinander in der Gastwirtschaft sitzen und Bier bestellen, A. schon bei der Bestellung, B. erst nachdem er getrunken, bezahlen, so könnten diese Geschäfte nicht einer verschiedenen rechtlichen Behandlung unterliegen».

Vielmehr liegt die Sache so: Man schließt in aller erster Linie einen obligatorischen Vertrag. Das muß schon deshalb so sein, weil ein dinglicher Vertrag allein rechtlich gar nicht von Dauer wäre. Der Automatenkäufer hätte etwas «ohne rechtlichen Grund» erlangt und wäre deshalb zur Herausgabe verpflichtet (§ 812 B. G. B.). Diese Auffassung bedeutet auch gar nicht eine Verkennung des Wesens der Obligation wie Böhmert meint. Beide Parteien sind vielmehr berechtigt und verpflichtet; der Verkäufer schon deshalb, weil die Ware gar nicht mit dem Einwurf, sondern erst nach demselben herausfällt; und die Folgen seiner Verpflichtung zeigen sich ganz intensiv, wenn der Apparat versagt. Aber auch der Käufer ist verpflichtet, nämlich das Geldstück dem Verkäufer zu lassen. Das würde praktisch werden, wenn mit der Ware zugleich auch das Geldstück herausfallen sollte; hier wäre

[20]) Archiv für civ. Prax., Bd. 52, S. 1, Anm. 79.
[21]) Bürgerl. Recht zu § 130, VII.

ein Vertrag geschlossen, und als Rest der Erfüllung ergäbe sich für den Käufer die Pflicht, die Münze zurückzugeben.

Damit soll nicht geleugnet werden, daß zugleich auch ein dinglicher Vertrag geschlossen wird; denn die Offerte ist gleichzeitig eine Traditionsofferte. Das Eigentum geht auch bereits über mit dem Herausfallen der Ware, nicht erst mit ihrer Ergreifung; denn schon in diesem Augenblick ist der Käufer in der Lage die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben; und das genügt (cf. §§ 854, 2 u. 929, 2 B. G. B.). Ob man diesen Vorgang nun einen Realkontrakt nennen kann, wie z. B. Schiller[22]), dürfte bestreitbar sein. Zur Bejahung kann man kommen, wenn man Realkontrakte mit Sohm definiert als Kontrakte, welche erst durch die Vorleistung klagbar werden. Das Eigentümliche ist nur, daß bloß die Technik einer Maschine diese Wirkung herbeiführt, nicht eine inhaltliche Besonderheit dieses Geschäftes.

[22]) a. a. O., S. 14.

2. Abschnitt.

Übermittlung einer Vertragserklärung «durch Benutzung mechanischer Mittel».

§ 7.

Vertragsschluß durch Benutzung des Telefons.

Alles bisher Behandelte waren Beispiele dafür, wie man durch Benutzung mechanischer Mittel seinen Vertragswillen bindend zum Ausdruck bringen kann. Die weitere Abhandlung bezieht sich auf die Fälle, bei denen mechanische Mittel dazu dienen, andere mit diesem Willen bekannt zu machen.

Diesem Zwecke können mechanische Mittel eigentlich nur dann dienen, wenn die kontrahierenden Personen sich nicht in unmittelbarer Nähe voneinander befinden; denn sonst genügen die menschlichen Organe vollkommen, um sich verständlich zu machen. Nur wo es Entfernungen zu überbrücken gab, mußte man die Technik zu Hilfe nehmen; und diese fand hierbei ein großes Anwendungsgebiet, als einmal der Dampf und die Elektrizität der menschlichen Macht unterworfen waren.

Unter den Vertragsschluß durch Benutzung mechanischer Mittel fällt aber nicht schon der Fall, daß man mittels Post und Eisenbahn Briefe übersendet; denn hier sind es immer nur Personen, die die Übermittlung bewerkstelligen, nicht ein Mechanismus; und genau genommen befördern diese auch nur den körperlichen Träger einer Erklärung, nicht die Erklärung an sich. Sondern in Wahrheit erstreckt sich unser Thema nur auf den Vertrags-

schluß mittels des Drahtes; hierbei aber auf verschiedene Gebiete. Denn bald ermöglicht der Draht einen mündlichen Gedankenaustausch, bald nur einen schriftlichen; bald ist es ein direkter Verkehr, bald ein solcher, wo außer dem mechanischen Apparat auch noch Menschen eine Vermittlerrolle übernehmen. Danach teilt sich unsere Aufgabe in die Behandlung des Telefons, des Telegrafen, des Ferndruckers und Fernschreibers.

Sie alle sind im heutigen Geschäftsverkehre unentbehrlich geworden. Die Gefahren, die pessimistische Gemüter bei ihrer Erfindung befürchteten, erlangten lange nicht den Grad, der sie zur Benutzung untauglich gemacht hätte; und es gelang auch den Fortschritten der Technik, diese Gefahren auf ein relativ geringes Maß herabzumindern.

Trotz aller Befürchtungen für ihre Folgen hatte es nun keinerlei Schwierigkeiten gemacht, prinzipiell die Möglichkeit derartiger Vertragsschlüsse anzuerkennen. Waren denn dafür so ohne weiteres alle Voraussetzungen gegeben? Verträge bestehen aus Willenserklärungen, und zur wirksamen Erklärung meines Willens kann ich mich, wie wir gesehen haben, eines jeden Mittels bedienen. Somit ist es auch den Parteien anheimgestellt, auf welche Art sie ihren Willen andern mitteilen wollen, wenn er nur diesen verständlich wird. Daß letzteres aber bei der Benutzung des Drahtes der Fall ist, steht außer Zweifel. Somit ist ein Vertragsschluß auf elektrischem Wege nur bei einem solchen Vertrage unstatthaft, wo dies aus dem speziellen Wesen gerade dieses Vertrages folgt. Vor allem, wo körperliche Anwesenheit verlangt ist, oder wo das Gesetz eine Vertragserklärung an ein besonderes Erklärungsmittel bindet, dem auf diesem Wege nicht genügt werden kann.

Betrachten wir nun zunächst den Vertragsschluß durch Telefon, so ist eine vielerörterte Frage die, ob ein

solcher Vertrag als Vertrag unter Anwesenden oder unter Abwesenden anzusehen sei.

Italienische Juristen sind es gewesen, die zum ersten Mal eine Lösung zu geben versuchten, wie überhaupt das Telefonrecht in Italien viel früher einer eingehenden Behandlung unterworfen wurde, als bei uns.

Vor allem Gabba, Vidari und Norsa stritten sich in den achtziger Jahren um diesen Fall. Während der erstere sich für einen Vertrag unter Anwesenden entschied, weil Frage und Antwort Schlag auf Schlag aufeinander folgen könnten, vertrat Vidari die gegenteilige Ansicht: Anwesend sein bedeute corpore et animo zugegen sein; Telefonierende seien aber räumlich getrennt; und Norsa suchte zwischen beiden zu vermitteln: bezüglich der Zeit sei es ein Vertrag unter Anwesenden, bezüglich des Ortes aber nicht.

Das B. G. B. hat diese Streitfrage nicht zum Abschluß gebracht; es bringt nur einen einzigen Satz, der auf sie hindeutet. Es heißt nämlich in § 147: Der einem Anwesenden gemachte Antrag kann nur sofort angenommen werden; dies gilt auch von einem mittels Fernsprechers von Person zu Person gemachten Antrage. Dieser Paragraph war das Ergebnis der Unstimmigkeiten, die in der II. Kommission bezüglich der Regelung dieser Frage geherrscht hatten. Denn hier war einerseits erwogen worden «die große Bedeutung des Fernsprechwesens mache es dringend erforderlich, zu der Frage Stellung zu nehmen, ob der telefonische Verkehr rechtlich als ein Verkehr unter Anwesenden oder unter Abwesenden anzusehen sei. Die Entscheidung müsse im ersten Sinne erfolgen; eine körperliche Anwesenheit im gewöhnlichen Sinne sei allerdings nicht vorhanden; dies sei aber nicht entscheidend. Entscheidend sei, daß ein mündlicher, unmittelbarer Verkehr ermöglicht sei usw.». Demgegenüber hatte man geltend gemacht, es empfehle sich nicht, eine solche Bestimmung zu treffen; es müsse der Wissenschaft und

Praxis überlassen bleiben, im Einzelfall zwischen dem Verkehr unter Anwesenden und dem unter Abwesenden richtig zu entscheiden.

Wenn nun auf Grund des § 147 B. G. B. in vielen Lehrbüchern die Behauptung aufgestellt worden ist, das B. G. B. stelle den Telefonvertrag demjenigen unter Anwesenden gleich, so war das ungenau. Denn § 147 spricht nur vom telefonisch gemachten Antrag und gibt nur eine Gleichstellung bezüglich der Dauer der Gebundenheit des Antragstellers, und das auch nur beim Verkehr «von Person zu Person».

Im übrigen ist die Beantwortung der Theorie überlassen; und da ergibt sich vor allem die früher gestreifte Frage: «Was ist denn Anwesenheit?». Staudinger[1]) definiert folgendermaßen: «Unter Anwesenden wird dann gehandelt, wenn die Möglichkeit besteht, daß die Abgabe der Willenserklärung mit ihrer Kenntnisnahme zusammenfällt. Das ist stets dann der Fall, wenn bei körperlicher Anwesenheit die Mitteilung durch Auge und Ohr sofort aufgenommen werden kann; aber auch dann, wenn trotz räumlicher Trennung der Verhandelnden eine unmittelbare sinnliche Wahrnehmung stattfindet; wenn also die Mitteilung durch den Fernsprecher ohne Dazwischentreten einer Mittelsperson in Rede und Gegenrede von Person zu Person erfolgen kann».

Diese Definition sucht zugleich unsere Streitfrage mit zu berücksichtigen und ihre Lösung; sie ist daher keine reine Definition mehr. Bei allen Versuchen, den Telefonvertrag einen Vertrag unter Anwesenden zu nennen, geht man aus von dem Gedanken einer «juristischen Anwesenheit». Eine solche aber gibt es nicht; denn es ist nicht einzusehen, warum Anwesenheit im Munde des Juristen etwas anderes bedeuten soll als im sonstigen Leben. Sondern es gibt nur körperliche Anwesenheit. Diese war

[1]) B. G. B. I zu § 147.

gemeint, als die Gesetze zum ersten Mal Anwesenheit als Unterscheidungsmerkmal anführten; darum kann der Begriff «Anwesenheit» auch später nicht eine andere Bedeutung erhalten haben. Daher ist ein Vertrag durch Telefon stets ein solcher unter Abwesenden, und die Frage kann nur die sein, sind nicht etwa die Vorschriften, die für Anwesende gelten, beim Telefonverkehr in gewissen Fällen analog anzuwenden? Nun erschöpfen sich die Wirkungen der Anwesenheit nach unserer Auffassung nicht, wie Staudinger meint, in dem Stattfinden einer unmittelbaren sinnlichen Wahrnehmung, vor allem auch nicht, wie Koppers[2]) behauptet, in der Möglichkeit einer mündlichen Unterhaltung. Die Parteien können sich nicht nur hören, sondern sie können sich sehen, sie können mit ihren Persönlichkeiten aufeinander wirken und bei jeder Erklärung, die sie abgeben, ist ihnen die Möglichkeit gegeben, den Weg, den diese durchläuft, genau zu kontrollieren, bis sie in die Machtsphäre des Gegners kommt. Dies können wir aber alles nur in beschränkter Weise beim Telefon. Daher läßt sich durchaus nicht sagen, auf den telefonischen Vertrag kämen unter allen Umständen die Vorschriften des Vertrages unter Anwesenden zu analoger Anwendung. Sondern es wird im einzelnen Fall zu untersuchen sein, ob die Voraussetzungen für eine Analogie gegeben sind. Das bedeutet praktisch gewendet folgendes: Bei jeder Sondervorschrift, die für Verträge unter Anwesenden gilt, wird nach dem Grundgedanken derselben zu forschen sein, und nur wenn dieser es rechtfertigt, wird man beim Telefonverkehr eine Analogie zulassen müssen, andernfalls aber nicht.

Daß dies richtig ist, folgt aus der Fassung des Gesetzes. Dieses hat doch wohl mit Absicht im § 147, I nur einen ganz bestimmten Einzelfall des telefonischen Verkehrs geregelt. Hätte es diesen aber ohne weiteres dem

[2]) Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, 40 J., S. 225 f.

Verkehr unter Anwesenden gleichstellen wollen, so ist nicht einzusehen, warum es dies nicht an Stelle jenes § 147, I, S. 2 zum Ausdruck gebracht hätte. Der Gedankengang, der den Gesetzgeber vielmehr leitete, war wohl der: es erschien zweifellos, daß beim telefonischen Vertragsantrag von Person zu Person bezüglich der Dauer der Gebundenheit des Antragstellers die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 147, I, S. 1 immer gegeben sein würden; deshalb wurde dieser Fall gesetzlich festgelegt. Im übrigen aber schien sich eine einheitliche Lösung der hierher gehörenden Fragen theoretisch nicht finden zu lassen, ohne auch unkorrekte Resultate zu erzielen. So überließ man lieber die Beurteilung jedes Einzelfalles hinsichtlich einer etwa angebrachten Analogie der Praxis.

Hierbei ergeben sich nun aus den bisherigen Erwägungen und aus dem Gesetze folgende Richtlinien:

Schon § 147, I, S. 2 spricht nur vom telefonischen Antrag «von Person zu Person». Wenn also an Stelle eines oder beider Kontrahenten ein dritter handelt, findet § 147, I, S. 2 keine Anwendung. Hier braucht der Antrag, wie sonst beim Verkehr unter Abwesenden, nicht sofort angenommen zu werden. Aber auch sonst wird hier eine analoge Anwendung der für «Anwesende» geltenden Vorschriften niemals stattfinden können. Denn in diesen Fällen findet eine unmittelbare sinnliche Wahrnehmung gar nicht statt, und die Möglichkeit einer solchen allein war es doch, die zwischen dem mündlichen Verkehr und dem telefonischen Berührungspunkte schaffte. Natürlich gilt das alles nicht, wenn der Dritte gesetzlicher oder gewillkürter Vertreter des Kontrahenten ist. Denn der Vertreter repräsentiert den Vertretenen, es ist, wie wenn dieser selbst da wäre.

Man hat das letztere für den Fall des § 147, I, S. 2 bestreiten wollen, mit Rücksicht auf die Worte des Gesetzes: von Person zu Person; es müßten tatsächlich die

Kontrahenten in eigener Person am Telefon stehen; nur dann käme die Regel dieses Paragraphen zur Anwendung. So z. B. Hölder (d. J. Z. 1901, S. 157). Das läßt sich nicht halten. Wenn einmal unser Gesetz den Grundsatz der direkten Stellvertretung angenommen hat und eine solche überall zuläßt, wo sie nicht ausdrücklich verboten ist, so muß sie auch hier für statthaft erachtet werden.

Wo man aber beim Verkehr von Person zu Person eine Analogie versucht, da wird sich in aller Regel ergeben, daß eine solche stattfinden kann. Aber auch hier nicht immer. Wenn z. B. § 55 H. G. B. den auswärts reisenden Handlungsbevollmächtigten, der «anwesend» ist, zur Entgegennahme von Mängelrügen ermächtigt, so erstreckt sich diese Bestimmung nach herrschender Lehre nicht auf denjenigen, mit dem man in telefonischer Verbindung steht. (So Martin Wolff.)

Im Gegensatz zum Bisherigen hat die andere Frage, mit welchem Augenblick eine telefonische Erklärung wirksam und damit bindend wird, im Gesetz eine spezielle Erwähnung nicht gefunden. Dieser Fall ist daher nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen. Die einzige Vorschrift, die das Gesetz enthält, ist § 130: eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie zugeht. Die Streitfrage des Gemeinen Rechts, ob der Empfang oder das Vernehmen entscheidend ist, war damit zugunsten der Empfangstheorie entschieden worden. Ausdrücklich allerdings nur für Abwesende; wie es unter Anwesenden sei, darüber spricht sich das Gesetz nicht aus, und zwar deshalb nicht, weil sich das Richtige, wie die Motive[3]) und Protokolle[4]) besagen, aus der Natur der Sache ergebe. Daß es sich keineswegs aus der Natur der Sache

[3]) Bd. I, S. 156.
[4]) Bd. I, S. 69.

ergibt, haben die großen Streitigkeiten und die vielen verschiedenen Ansichten, die bezüglich dieses Paragraphen herrschen, genügend erwiesen. Plank, Zittelmann u. a. wollten e contrario aus § 130 entnehmen, daß bei Anwesenden die Vernehmungstheorie Platz greifen solle. Andere, vor allem Staudinger[5]) und Cosack[6]), lassen auch bei Anwesenden die Empfangstheorie gelten.

Wir müssen, um das Richtige zu finden, zunächst fragen, wann ist denn eine Erklärung zugegangen? Man hat gesagt, wenn der Adressat den Besitz an derselben in einer Weise erworben habe, daß ihm die Möglichkeit von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen, gegeben sei. Aber es erscheint unzulässig, zur Lösung dieser Frage sachenrechtliche Begriffe heranzuziehen. Wohl werden bei einer schriftlichen Erklärung Besitzerwerb an der Urkunde und Zugehen leicht zusammenfallen. Aber das wird nicht immer der Fall sein; z. B. dann nicht, wenn man mir bei Nacht einen Brief in den Briefkasten legt; dann geht mir die darin enthaltene Erklärung erst am nächsten Morgen zu, obwohl ich den Besitz an dem Schriftstück schon früher erworben habe. Daher haben der Besitzbegriff und der Begriff des «Zugehens» gar nichts gemein. In der eben erwähnten Definition ist aber noch ein weiterer abzulehnender Gedanke eingeführt worden, den andere Autoren deutlicher ausgesprochen haben: Man könne von «Zugehen» überhaupt nur sprechen bei verkörperten Erklärungen; nur ein Brief könne zugehen; denn es müsse ein äußerlich sichtbares Verhältnis zwischen Erklärung und Empfänger geschaffen werden, und das sei sonst nicht möglich; eine mündliche Erklärung könne nur «vernommen werden». Und wenn das Gesetz einen Unterschied mache zwischen Erklärungen unter Anwesenden und solchen unter Abwesenden bezüglich ihrer Wirksamkeit, so sei das ein Versehen. Gedacht habe der Gesetz-

[5]) a. a. O. zu § 130.

[6]) B. G. B. I § 59, Anm. 5.

geber an die Unterscheidung von mündlichen und schriftlichen Erklärungen; erstere würden wirksam mit dem Vernehmen, letztere mit dem Zugehen. Das Gesetz müsse eben durch die Praxis in dieser Richtung korrigiert werden. Dieser Gedanke ist vielleicht ein brauchbarer Anhaltspunkt für eine künftige Kodifikation, aber im Wege der Interpretation läßt sich der Wortlaut des Gesetzes nicht in dieser Weise verändern. Und dann erscheint uns fraglich, ob es richtig ist, daß man von Zugehen nur bei schriftlichen Erklärungen sprechen kann. Allerdings bedeutet «zugehen», daß eine gewisse Beziehung zwischen Erklärung und Empfänger geschaffen sein muß; aber das braucht nicht eine Beziehung räumlicher Art zu sein; es genügt eine solche zwischen der Erklärung und dem Bewußtsein des Empfängers. § 130 B. G. B. sagt, «wenn die Erklärung» zugeht; er spricht nicht vom körperlichen Substrat derselben, nicht von einem greifbaren Erklärungsmittel. Daher muß das Zugehen eher so aufgefaßt werden, wie wir es bei Staudinger finden, der folgende Definition gibt: «Zugehen bedeutet die empirisch begründete Möglichkeit der Kenntnisnahme». Hier ist von einem räumlichen Verhältnis zwischen Erklärung und Empfänger nicht die Rede. Es muß also bloß dem Adressaten in verkehrsüblicher Weise ermöglicht sein, den Inhalt der Erklärung zu erfahren, und diese Möglichkeit muß ihm eröffnet sein. Die Erklärung muß sich in dem Machtbereich des Empfängers befinden, gleichgültig, wie sie abgegeben wurde; dann ist sie zugegangen. Daher kann man auch bei einer mündlichen Erklärung von einem Zugehen sprechen, vorausgesetzt, daß man sich überhaupt Fälle denken kann, wo eine mündliche Erklärung in den Machtbereich des Gegners kommt, ohne daß er sie zugleich vernimmt. Viele Autoren behaupten, hier fallen Zugehen und Vernehmen zusammen. Das gäbe für unsere Frage nach dem Augenblick der Wirksamkeit von Willenserklärungen unter Anwesenden

eine einfache Lösung. Es könnte nur die Vernehmungstheorie in Betracht kommen. Aber jene Behauptung läßt sich nicht uneingeschränkt aufrecht erhalten; es kommt doch vor, daß man z. B. infolge von Zerstreutheit tatsächlich die Worte gehört, sie auch behalten hat, und doch den Sinn nicht erfaßte. Denn hierzu gehört immer noch eine gedankliche Operation, die bald schneller, bald langsamer vor sich geht. Oder man unterhält sich mit jemandem in einer Geheimsprache, oder man hat eine Unterredung mit einem Fremdländer, der eine Sprache spricht, die man zwar versteht, die einem aber doch nicht geläufig ist, und nun weiß man nicht, hat er zugesagt oder abgelehnt, und man muß erst das Lexikon zu Rate ziehen. Aber auch dann, wenn ich mir die Ohren zuhalte, um die Erklärung nicht zu hören, ist sie mir zugegangen und ich habe sie doch nicht vernommen; denn in allen diesen Fällen sind die Worte in meinem Machtbereich; ich habe die Vernehmungsmöglichkeit; ich kann etwas erfahren, wenn ich nur will. Dabei stellen wir uns nicht auf den Standpunkt, den Hölder vertreten hat: «Es genüge die bloße Abgabe der Erklärung in Anwesenheit des Gegners». Es muß noch ein subjektives Moment hinzukommen, das sich im Bewußtsein desselben abspielt, die Kenntnis der Vernehmungsmöglichkeit. Denn sonst ist die Erklärung ja nicht in seiner Gewalt[7]).

Damit ist die Möglichkeit, die Empfangstheorie auch im Verkehr unter Anwesenden gelten zu lassen, jedenfalls erwiesen. Wenn nun die einen erklären, es entspreche dem natürlichen Gefühl, hier die Vernehmungstheorie zur Anwendung zu bringen, so entgegnen die anderen, es sei keinerlei Grund da, die einmal im B. G. B. anerkannte Empfangstheorie in diesem Punkte zu durchbrechen. (So Hölder, Koppers.) Und offensichtlich ist auch kein Grund vorhanden, sie abzulehnen; warum

[7]) cf. v. Tuhr, a. a. O., S. 439.

sollten hier schwerere Bedingungen gesetzt sein als unter Abwesenden?

Es besteht allerdings ein Unterschied: Unter Abwesenden verständigt man sich meistens brieflich. Daher hat die Erklärung ein körperliches Substrat; man hat jederzeit die Möglichkeit, sie sich ins Gedächtnis zurückzurufen, wenn sie einmal in dieser Form zugegangen ist. Anwesende aber pflegen mündlich zu verhandeln; die Erklärung findet nur im gesprochenen Wort ihren Ausdruck, und dieses verhallt, sobald es gesprochen. Sie wird daher meist ihren Zweck nur dann erreicht haben, wenn sie auch von der Partei vernommen worden ist; und die nur zugegangene, nicht vernommene Erklärung wird leicht auch nachträglich nicht mehr vernehmbar sein.

Aber schließlich ist die Gefahr, daß der Erklärungsinhalt verloren geht, nicht eine Eigentümlichkeit des mündlichen Verkehrs. Auch ein Brief kann übersehen oder vergessen werden, er kann unterschlagen werden, auch nachdem er zugegangen ist; und all das wird viel häufiger vorkommen, als das Nichterfassen einer Erklärung, wenn objektiv die Möglichkeit sie zu vernehmen bestanden hatte. Daher bedeutet es keine verschiedene Strenge, wenn beide Fälle gleich behandelt werden, sondern es entspricht vielmehr der Gerechtigkeit; in manchen Fällen führt sogar allein diese Auffassung zu guten Resultaten, so, wenn die Person sich die Ohren zuhält, um nicht hören zu können. Es war auch der Zweck des § 130 in erster Linie der, man wollte es dem Adressaten nicht in die Hand geben, das Wirksamwerden einer Erklärung zu vereiteln durch einfaches Nichtkenntnisnehmen von derselben. Derselbe Grund muß auch bei Erklärungen an Anwesende ausschlaggebend sein, und dazu führen, auch hier die Empfangstheorie anzuwenden.

Also auch die telefonische Erklärung ist wirksam und bindend, wenn sie zugeht; und zwar gilt das, selbst

wenn man sie hinsichtlich des Augenblicks ihres Wirksamwerdens als Erklärung «unter Anwesenden» behandeln will. Hierbei ist es gleichgültig, ob sich das Zugehen in der Person des Vertragsgegners selber oder eines Vertreters vollzieht. Hingegen ist strittig geworden, ob eine Erklärung meinem Gegenkontrahenten auch dadurch zugegangen ist, daß sie in den Machtbereich eines Dritten, Nichtvertreters, gekommen ist, von dem zu erwarten ist, daß er sie ihm übermitteln werde.

Hölder hat den Satz aufgestellt: Werden in meiner Wohnung Personen angetroffen, die in häuslicher Gemeinschaft mit mir stehen und nicht durch ihre tatsächliche Beschaffenheit ungeeignet sind, Mitteilungen an mich zu übermitteln, so steht die Mitteilung an diese der Mitteilung an mich selbst gleich. Ähnlich hat sich auch das Reichsgericht ausgesprochen[8]). Koppers[9]) hat diese Ansicht bekämpft; «das sei ein Mißverständnis der Empfangstheorie; diese lehre keineswegs, daß die Wahrnehmung durch gewisse in einem bestimmten Verhältnis zum Empfänger stehende Personen die Wahrnehmung durch den Empfänger selbst ersetze. Sie lehre nur, daß zur Vollendung nicht wirkliche Kenntnisnahme erforderlich sei». Wir müssen auf Grund unserer früheren Ausführungen sagen: eine Erklärung, die ich einem Dritten gegenüber abgebe, ist nur dann für den Vertragsgegner wirksam, wenn sie ihm damit zugegangen ist. Hölder denkt nun offenbar an den ähnlich liegenden Fall bei brieflichem Verkehr. Wenn ich meinen Brief dem Dienstmädchen abgebe, so ist die darin enthaltene Erklärung dem Adressaten bereits zugegangen. Aber das läßt sich auf mündliche Übermittlung nicht analog anwenden, denn beim Brief tritt der Geschäftsherr doch zur Erklärung in eine gewisse Beziehung; er erlangt an dem Brief zum mindesten den mittelbaren Besitz, außerdem weiß er, daß

[8]) E. R. G. Civ. 60. 335.
[9]) Gruch. Beitr. VI, S. 228.

an seine Dienstboten für ihn Briefe abgegeben werden können; und er kann erfahren, ob dies geschehen ist; er braucht bloß danach zu fragen. Darum sind hier die Voraussetzungen erfüllt, die wir als für das Zugehen charakteristisch erkannt haben: Er hat die Möglichkeit eine Willenserklärung zu vernehmen; diese ist in seinem Machtbereich.

Das ist aber keineswegs immer der Fall bei einer bloß mündlichen Erklärung an einen Hausgenossen. Diese ist damit noch lange nicht in der Gewalt des Herrn. Daher geht hier dem Adressaten die Erklärung bloß zu, wenn dieser sie ihm mitteilt [10]), bezw. auf andere Art die Voraussetzungen des Zugehens erfüllt; z. B. wenn er die empfangene Erklärung niederschreibt und auf seinen Schreibtisch legt.

Dagegen ist der Gedanke eines Ersatzempfängers nach Analogie der §§ 181 und 183 Z. P. O., den Endemann [11]) und nach ihm Leeser [12]) vertreten, abzulehnen, da dazu das Gesetz keinen Anhaltspunkt bietet. Nur dann wird man eine einem Dritten gegenüber abgegebene Erklärung schon mit der Abgabe für «zugegangen» erklären können, wenn sie damit tatsächlich in den Machtbereich des Adressaten gekommen ist, z. B. wenn alle Angestellten ausdrücklich Anweisung haben, alles, was sie erfahren, sofort ihrem Herrn mitzuteilen und der Herr die Gewohnheit hat, sie stets danach zu fragen. Im allgemeinen werden aber diese Fälle mit denen einer ausdrücklichen und stillschweigenden Ermächtigung zur Entgegennahme von Willenserklärungen zusammenfallen.

Sind nun zwei Personen telefonisch verbunden und hängt die eine den Hörer ab, um die Erklärung nicht zu

---

[10]) Ebenso v. Tuhr. a. a. O., S. 437.
[11]) a. a. O., S. 313.
[12]) a. a. O., S. 26.

verstehen, oder vereitelt sie auf sonstige Weise das Erfassen des ihr mitgeteilten Gedankens (z. B. sie ist geistesabwesend), so ist ihr wie beim gewöhnlichen mündlichen Verkehr die Erklärung trotzdem zugegangen. Für den Adressaten wird sie damit wirksam, für den Erklärenden bindend.

Somit besteht auf Grund der Empfangstheorie für den Adressaten die Möglichkeit, einer zugegangenen Erklärung ihre Wirksamkeit zu nehmen, überhaupt nicht mehr; wohl aber ist er in der Lage, das Zugehen selber zu verhindern. Zwar nicht unbeschränkt, denn der Möglichkeiten, eine Erklärung zugehen zu lassen, gibt es viele, und äußerstenfalls ist eine gerichtliche Zustellung statthaft. Aber gerade beim Telefon versagen oft diese Möglichkeiten. Denn wer eine telefonische Offerte macht, verlangt auch eine telefonische Annahme, der Zeitersparnis halber; meist eine sofortige, vielfach innerhalb einer Frist, die dann aber so kurz bemessen ist, daß die Annahme doch nur telefonisch erklärt werden kann. Wenn hierbei die Abgabe oder das Zugehen vom Offerenten vereitelt werden, wie ist dann die Rechtslage? Diese Frage ist sehr verschieden beantwortet worden.

Eine interessante Lösung hat Habicht[13]) versucht. Er geht davon aus, der Offerent sei zur Entgegennahme der Annahmeerklärung verpflichtet; das folge aus ihrer Empfangsbedürftigkeit. Wenn nun ein Antrag gemacht werde unter einer Zeitbestimmung für die Annahme, so sei diese Zeitbestimmung eine Bedingung, unter der der Akzipient das Recht habe, den Vertrag zustande zu bringen. Wenn nun der Offerent das Zugehen der Annahmeerklärung wider Treu und Glauben verhindere, so gelte nach § 162 B. G. B. diese Bedingung als eingetreten und daher die Annahme als erfolgt. Wo er nicht gegen Treu und Glauben verstoße, da gelte folgendes: Wie der

[13]) Deutsche Jur.-Ztg. 1901, S. 265.

Gläubiger sonst eine Leistung entgegenzunehmen habe, so habe er hier eine Willenserklärung entgegenzunehmen; nehme er sie nicht an, so gerate er in Annahmeverzug, und zwar unabhängig von einem Verschulden. Dann müsse er aber die sich aus der Nichtannahme ergebenden Nachteile tragen. Eine nichtangenommene Willenserklärung sei nun allerdings nicht zugegangen, aber das schade nichts. Denn § 130 B. G. B. sage nicht, daß eine Willenserklärung nur dann wirksam werde, wenn sie zugehe, sondern jedenfalls dann. Daher sei es begrifflich nicht unmöglich, daß auch ohne Zugehen eine beabsichtigte Willenserklärung als erfolgt angesehen werden müsse; das sei hier auch die Folge des Annahmeverzugs. — Diese Ansichten sind verschiedentlich widerlegt worden; vor allem von Hölder[14]) und David[15]), von letzterem in durchschlagender Weise. Bezüglich der Anwendung des § 162 sagt er nämlich, das B. G. B. verstehe unter Bedingung die einem Rechtsgeschäfte beigefügte Nebenbestimmung, kraft welcher die Wirkung des Rechtsgeschäftes von dem Eintritt eines künftigen ungewissen Ereignisses abhängig ist. Nun sei allerdings, wenn eine Rechtsfolge davon abhängig gemacht werde, daß binnen einer bestimmten Frist eine Willenserklärung erfolge, die Einhaltung jener Frist Bedingung und Voraussetzung jener Rechtsfolge; aber dadurch werde weder die Willenserklärung zu einer bedingten, noch das ihr zugrundeliegende Rechtsverhältnis. Daher könne von einer Anwendung des § 162 keine Rede sein. Damit soll gesagt sein: Hölder hätte recht, wenn überhaupt schon ein Vertrag unter einer Bedingung bestünde, also wenn z. B. der Oblat seine Einwilligung unter einer Bedingung erteilt hätte. Aber nun ist diese Einwilligung selber Bedingung; somit existiert noch gar kein Vertrag; was existiert, ist lediglich das Recht des Oblaten, den Vertrag

[14]) Iherings Jahrb. 47, S. 452.

[15]) Reichau, Der Vertragsschluß durch Fernsprecher, S. 40.

zustande zu bringen, und dieses Recht ist nicht bedingt; auch steht es ihm kraft Gesetzes zu, indem nämlich der Offerent an seinen Antrag gebunden ist; nicht als eine dem schon abgeschlossenen Vertrag beigefügte Nebenbestimmung. Auch die zweite Lösung bezüglich des Verzuges hat in der Theorie nicht viel Anerkennung gefunden. Zwischen beiden Fällen bestehen auch zu große Verschiedenheiten. Bei einem Schuldverhältnis ist der Gläubiger berechtigt und der Schuldner verpflichtet; hier ist der Oblat doch höchstens berechtigt, keineswegs verpflichtet. Daher kann auch von einer analogen Anwendung der Verzugsregeln keine Rede sein.

Damit ist auch die Theorie abgelehnt, die Titze vertritt, der gleichfalls vom Gläubigerverzug ausgeht und daraus ableitet, daß die Frist als noch nicht abgelaufen anzusehen sei, daß dafür der Schuldner aber jetzt auch annehmen müsse.

Eine interessante Lösung ist auch die von Breit. Der Oblat sei tatsächlich in seinem Rechte verletzt, und zwar in seinem Rechte «den Vertrag zustande zu bringen», also in einem Rechte des rechtlichen Könnens, einem Gestaltungsrecht. Daher falle die Handlung des Offerenten unter § 823 B. G. B.

Nun ist es allerdings richtig, daß diese Berechtigung des Oblaten sich als ein Gestaltungsrecht darstellt; denn der Oblat hat das Recht, «durch eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung die eigene Rechtslage und die des Gegners zu bestimmen» (Sohm) und dieses ist ein konsumptibles Recht, «dessen bestimmungsgemäßer Gebrauch im Verbrauch besteht» (Seckel), aber es fällt nicht unter § 823. Denn dieser umfaßt nach allgemeiner Ansicht nicht die relativen Rechte; da aber Gestaltungsrechte sich immer gegen eine bestimmte Person oder ein bestimmtes Rechtsverhältnis richten, tragen sie relativen Charakter. Daher ist § 823 nicht anwendbar.

Eine Lösung, die befriedigende Resultate erzielt, hat das Reichsgericht in einer Entscheidung (Bd. 58) gegeben, indem es folgendermaßen argumentiert: Der ganze Rechtsverkehr sei beherrscht vom Prinzip von Treu und Glauben. Vorschriften wie die §§ 815 und 162 B. G. B. seien nicht Sonderfälle, sondern leiteten sich ab aus einer allgemeinen Regel; die §§ 815 und 162 seien bloß Spezialanwendungen dieser Regel. Ihre entsprechende Anwendung, und damit die Anwendung dieser allgemeinen Regel auf Fälle ähnlicher Art sei daher geboten. Wer nun die Verspätung des Zugehens einer für ihn bestimmten Willenserklärung verschuldet habe, handle gegen Treu und Glauben, wenn er aus seinem Verschulden zum Nachteil des andern einen Vorteil herleiten wolle. Er könne daher ihre Verspätung nicht geltend machen. Es ist dieser Entscheidung vorgeworfen worden, der Richter stelle sich dabei auf den Standpunkt eines römischen Praetors; er schaffe Recht, wo es sonst nicht vorhanden sei. Nun, dies ist nach der früher von uns vertretenen Auffassung nicht ausgeschlossen. Jedenfalls entspricht diese Entscheidung dem Geiste des Gesetzes; mag diese Konstruktion auch etwas gewagt erscheinen, so ist sie deshalb nicht von vornherein abzulehnen.

Immerhin scheint uns eine korrektere, weil aus dem Wortlaut des Gesetzes sich ergebende Lösung, die von P l a n k zu sein. Er spricht von einer Pflicht des Offerenten zur Entgegennahme der Annahmeerklärung. Diese bestehe zwar nicht unbedingt, ergebe sich also nicht allein aus dem Wesen der Empfangsbedürftigkeit, aber vielfach müsse sie angenommen werden, vor allem jedesmal dann, wenn eine Willenserklärung innerhalb einer bestimmten Frist abzugeben sei. Das wäre also die stillschweigende Übernahme einer Pflicht. Daß dies richtig ist, beweist gerade der Telefonverkehr. Hier hat der Oblat normalerweise gar keine andere Möglichkeit, seine Antwort rechtzeitig abzugeben als durch Telefon. Daher muß er

darauf rechnen können, daß der Offerent seinerseits diese Möglichkeit nicht schuldhaft vereitelt; das bedeutet aber nichts anderes als: der Offerent ist verpflichtet zur Entgegennahme der Annahmeerklärung. Handelt er dieser Pflicht zuwider, so treten die Folgen von §§ 280 und 249 B. G. B. ein, er muß daher den Zustand herstellen, der bestehen würde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Der Zustand, der nun in diesem Falle tatsächlich bestünde, wäre aber eigentlich der, daß der betreffende Vertrag abgeschlossen worden wäre. Diesen Zustand kann der Offerent aber nicht durch alleinige Handlung herstellen. Denn die nicht erklärte Annahme kann er nicht als erklärt fingieren. Deshalb kann seine aus dem ihm obliegenden Schadensersatz resultierende Verpflichtung nur dahingehen, dem Oblaten zu ermöglichen, den Vertrag jetzt noch zu Stande zu bringen, d. h. es muß die Annahmeerklärung auch nachher noch wirksam nachgeholt werden können. Wenn wir nun eine Pflicht zur Entgegennahme nicht nur da, wo die Annahmeerklärung an einen Termin geknüpft ist, sondern überall annehmen, wo das Zugehen sich nicht unabhängig vom Verhalten des Erklärungsempfängers vollziehen kann, so werden wir mit der von P l a n k gegebenen Lösung wohl allen praktischen Bedürfnissen genügen können.

Das alles gilt nicht nur für den telefonischen Verkehr von Person zu Person, sondern auch in dem Fall, wo an Stelle der einen oder anderen Partei ein gesetzlicher oder bevollmächtigter Vertreter steht. Das ist unbestritten. Streitigkeiten unter den Juristen haben sich viel weniger bezüglich der Folgen der Vollmacht erhoben, als bezüglich ihrer Voraussetzungen beim Telefonverkehr. Die Parteien können sich hier ja nicht sehen, also auch nicht ihre Identität kontrollieren; man lebt somit beim Telefonverkehr immer in einer gewissen Unsicherheit, und das ist um so schädlicher als das Telefon im heutigen Geschäftsverkehr nicht entbehrt werden kann. Man hat daher be-

hauptet, hier erfordere die Sicherheit des Verkehrs, daß man in gewissen Fällen eine Vollmacht präsumiere; es hafte z. B. ein Kaufmann ohne weiteres für alles, was von ihm aus telefoniert werde; jedenfalls hafte er für Erklärungen, die Geschäftsangestellte abgeben, weil diese als ermächtigt gelten müßten.

Andere wollen eine ähnliche Haftung nicht aus einer Ermächtigung folgern, sondern aus einem präsumierten Verschulden; ebenso wie z. B. der Inhaber eines Scheckbuches Zahlungen, welche an den ein Scheckformular unberechtigterweise Vorlegenden erfolgen, gegen sich gelten lassen müsse, weil er unbedingt jeden Mißbrauch zu verhindern habe.

Eine solche Ansicht hat früher Staub vertreten; Meili[16]) hat sich stark dagegen gewandt: Es sei völlig unverständlich, eine derartige Verantwortlichkeit zu prätendieren, und Frankenburger[17]) führte wenigstens aus: «Die Willenserklärungen solcher Personen, die nicht Geschäftsangestellte sind, wirken in keiner Weise für und gegen den Herrn». Ähnlich hat das Oberlandesgericht Hamburg, im Gegensatz zu einem Urteil des Oberlandesgerichts Braunschweig, entschieden, indem es folgendermaßen begründet[18]): «Die Klägerin meint zwar, daß es nicht darauf ankomme, ob K. Vollmacht habe; an das, was aus dem Telefonapparat erwidert worden sei, sei die Beklagte unter allen Umständen gebunden. Eine solche Auffassung ist allerdings in Literatur und Rechtssprechung vertreten, sie ist aber offenbar verkehrt. Die Begründung Staubs wiegt nicht schwer». Auch in der Theorie ist diese Auffassung, die dem Verkehr mehr zum Schaden als zum Vorteil gereichen würde, meist aufgegeben; und gewiß mit Recht, denn Mißbrauch kann

[16]) Deutsche Jur.-Ztg. III, S. 457.
[17]) Deutsche Jur.-Ztg. 1904, S. 846.
[18]) Seufferts Archiv 1904, S. 198.

nicht nur mit dem Telefon getrieben werden; und wenn er durch den Telefonverkehr etwas begünstigt wird, so ist das durch die heutigen Zeitverhältnisse mehr oder weniger bedingt. Bevollmächtigt ist auch für den Telefonverkehr nur wer tatsächlich eine Vollmacht hat; und wenn sich vielleicht der Richter in manchen Fällen, z. B. wenn Geschäftsangestellte Erklärungen abgegeben haben, vom Vorhandensein einer Vollmacht leicht wird überzeugen lassen, so liegt das auf einem anderen Gebiet. Sonst gelten nur die allgemeinen Grundsätze.

Viel eher könnte man da eine Vollmacht vermuten, wo es sich um die Entgegennahme einer Erklärung handelt. Vor allem im Geschäftsverkehr, denn ein Kaufmann, der mit anderen in telefonischer Verbindung steht, muß stets dessen gewärtig sein, daß er nicht selbst beim Anklingeln reagieren kann, sondern daß seine Angestellten Mitteilungen und vor allem Willenserklärungen in Empfang nehmen müssen; und eine Bevollmächtigung wird wohl schon darin liegen, wenn er ihnen gestattet, beim Anrufen statt ihres eigenen Namens den seinigen oder denjenigen des Geschäftes anzugeben. Hier handelt es sich aber immer nur um eine stillschweigend erteilte Vollmacht, nicht um eine präsumierte.

Eine weitere Streitfrage ist durch das B. G. B. hervorgerufen worden. Der schon oft zitierte § 147 sagt ja, ein telefonischer Antrag müsse sofort angenommen werden, andernfalls erlösche er. Nun kann es sein, daß der Erklärungsempfänger zwar annehmen möchte, daß aber im Augenblick, wo er sprechen will, das Telefon versagt.

Nach dem strengen Wortlaut des Gesetzes müßte man sagen, daß eine Annahme jetzt nicht mehr möglich ist, denn § 147 setzt ein Verschulden nicht voraus. Biermann[19]) zieht auch diese Konsequenzen, indem er sagt, die spätere Annahme bringe den Vertrag nicht zustande.

[19]) Bürgerliches Recht, Allg. Teil, S. 152.

Enneccerus[20]) hat versucht, eine Analogie in § 149 B. G. B. zu finden; ähnlich wie dort müsse der Offerent eine verspätete Annahme unverzüglich zurückweisen, widrigenfalls sie als rechtzeitig gelten müsse. Ähnlich v. Tuhr[21]). Biermann hat diese Auffassung mit Recht für falsch erklärt; ratio legis sei bei § 149 der gute Glaube des Antragsempfängers gewesen, hier scheide dies Moment aber vollkommen aus. Dernburg wiederum hält die Annahme für schlechtweg rechtzeitig erfolgt. Sokolowsky[22]) schließt sich seiner Ansicht an, wenn auch mit abweichender Begründung.

Vielleicht dürfte folgende Erwägung das Richtige treffen: Der Fernsprecher ist für den Offerenten ein Erklärungsmittel unter vielen anderen, die ihm zu Gebote stehen; es steht ihm frei, seine Mitteilungen auf eine andere, auf die sicherste Art zu machen, statt sich dieses unsicheren Mittels zu bedienen. Tut er es aber doch und verlangt er telefonische Antwort — was im Zweifel bei einem telefonischen Antrage anzunehmen ist —, so dürfte derselbe Gedanke Platz greifen, der in der neueren Gesetzgebung als sog. Gefährdungsprinzip zum Ausdruck kommt; nämlich der, daß, wer einen Betrieb, der mit besonderer Gefahr verbunden ist, ins Werk setzt, auch diese besondere Gefahr ohne weiteres zu tragen habe. Das bedeutet, auf unseren Fall angewandt, indem ich telefonisch einen Antrag stelle und telefonisch Antwort begehre, übernehme ich wenigstens die sich daraus ergebende «besondere Gefahr» und damit die Garantie, daß meinem Vertragsgegner auch die äußere Möglichkeit gegeben ist, der von mir verlangten Rückantwort zu entsprechen. Ich verzichte damit auf die sofortige Annahme für den Fall, daß die Unmöglichkeit derselben in einem Versagen des Telefons ihren Grund hat; oder ich verlange

[20]) Bürgerliches Recht, Allg. Teil, § 152 II, 2, Anm. 14.
[21]) a. a. O., S. 463.
[22]) a. a. O., S. 28.

nur eine sofortige Annahme, falls eine solche objektiv möglich ist. Anders nur, wenn sich mit Bestimmtheit aus meiner Offerte ergibt, daß sie nur gelten soll für den Fall einer augenblicklichen Annahme. — Der Oblat wird daher seine Annahme auch noch sofort nach der Unterbrechung, eventl. bei längerer Verhinderung sogar brieflich erklären können. Nur dieses Resultat entspricht dem Rechtsgefühl, und hierbei handelt es sich nicht darum, einen Fehler in der Technik durch einen juristischen Fehler zu verbessern, sondern darum, ihn in der Jurisprudenz zu berücksichtigen zur Durchführung des Prinzips der Gerechtigkeit.

Die Unzulänglichkeiten des Telefonverkehrs machen sich häufiger in einer anderen Weise geltend, wenn nämlich eine richtig abgegebene Erklärung an ihrem Bestimmungsort in unrichtiger Form aufgenommen wird; sei es, daß die Empfangsperson sie falsch versteht — um derartige Irrtümer zu vermeiden, werden heute alle möglichen Vorsichtsmaßregeln getroffen, z. B. das Rücktelefonieren —, dann gelten die allgemeinen Grundsätze, d. h. eine vom Oblaten auf Grund dieses Irrtums abgegebene Erklärung ist unter Umständen anfechtbar (§ 119 B. G. B.); sei es, daß ein Fehler des Mechanismus eine falsche Übertragung der Erklärung bewirkte; z. B. er versagte einen Augenblick, sodaß einzelne Worte ausgelassen wurden, ohne daß die Parteien es bemerkten. Eine solche verstümmelte Erklärung ist zunächst wirksam, aber da das Telefon eine Anstalt ist, die unrichtig übermittelt hat, nach § 120 B. G. B. anfechtbar unter den dort angegebenen Voraussetzungen. Dann trägt allerdings der Anfechtende den daraus entspringenden Schaden. Dasselbe gilt auch dann, wenn die Erklärung einem Dritten, Nichtvertreter, gegenüber abgegeben worden war, der sie falsch übermittelte. Im übrigen finden für die Verstümmelung einer telefonischen Erklärung, die ja immerhin eine Seltenheit ist, die im folgenden Paragraphen näher ausgeführten Regeln entsprechende Anwendung.

§ 8.

Vertragsschluß durch Benutzung des Telegrafen.

Hat der telefonische Verkehr Ähnlichkeiten mit dem mündlichen aufzuweisen, so bildet der telegrafische das Gegenstück zum schriftlichen. Auch hier ist es wieder ein Mechanismus, der Erklärungen vermittelt; und darum trägt die telegrafisch abgegebene Willenserklärung dieselben Merkmale, die allen Rechtsgeschäften eigentümlich sind, bei denen man sich mechanischer Erklärungsmittel bedient.

Wir betrachten zunächst den äußeren Vorgang des Telegrafierens. Man gibt auf dem Telegrafenamt eine Erklärung ab in Schriftform, indem man sich eines dort aufliegenden Formulars bedient. Mittels des telegrafischen Apparates gibt nun ein Beamter direkt oder durch Vermittlung anderer Ämter die Mitteilung an den Bestimmungsort weiter; dort wird sie in Kurrentschrift übertragen und auf einem speziell hierzu dienenden Formular dem Adressaten überbracht. Hierbei bleibt es sich gleich, ob der in Tätigkeit gesetzte Apparat der die Erklärung bloß dem Gehör übermittelnde Klopfapparat ist, oder der Morseapparat, der entsprechende Zeichen gleich auch sinnlich wahrnehmbar zur Entstehung gelangen läßt; und die rechtliche Behandlung des Telegramms ändert sich auch dann nicht, wenn die telegrafischen Funktionen durch das Telefon bewirkt werden, indem ein Beamter die betreffende Mitteilung telefonisch weiter gibt, und ein anderer auf der Ankunftsstation jetzt erst das ihm mündlich Mitgeteilte schriftlich fixiert und es nun so dem Empfänger auf einem Telegrammformular zukommen läßt; denn auch hier sind die drei Voraussetzungen einer telegrafischen Erklärung gegeben: eine Urschrift, eine Depeschenausfertigung und eine zwischen beiden liegende «Übermittlung einer Erklärung durch eine Maschine».

Im folgenden sind telegrafisch abgeschlossene Verträge auf ihre Entstehung und ihre Folgen hin zu prüfen. Hierzu ist zunächst die rechtliche Natur der beim Telegrafieren verwandten Urkunden zu untersuchen. Es gibt deren zwei, eine Urschrift und eine Ausfertigung. Das Wesen beider ist sehr umstritten, und es wurde versucht, es in der verschiedensten Weise zu kennzeichnen. Man hat gesagt [23]), die Urschrift sei ein Brief, der telegrafisch versendet werde. Das ist eine naive Vorstellung; die Urkunde, die der Empfänger erhält, ist eine ganz andere, als die, welche der Absender dem Telegrafenbeamten übergibt. Versendet wird höchstens der Inhalt des Briefes, nicht dieser an sich.

Die Urschrift ist aber auch nicht ein Auftrag an die Telegrafenverwaltung, zu telegrafieren, wie schon behauptet wurde. Es wird zwar ein solcher Auftrag erteilt, nämlich stillschweigend durch Überreichen der Urschrift, aber nicht durch deren Inhalt. Darum ist auch für diesen Auftrag der Inhalt der Urschrift ohne jede Bedeutung. Sie ist aber auch nicht eine Willenserklärung an den Empfänger; denn bei Fixierung ihres Inhalts will der Erklärende noch gar nicht mit dem Adressaten in Verbindung treten; sondern er will die Formalitäten erfüllen, die die Telegrafenverwaltung von ihm fordert. Darum ist die Telegrafenniederschrift, wie Fuchs [24]) sagt, für den Telegrafisten der Abgangsstation genau das, was das Manuskript für den Drucker ist. Sie bedeutet für ihn die Vorlage, der genau wörtlich entsprechend von der Telegrafenverwaltung eine Urkunde angefertigt werden soll; sie bildet die Grundlage für die Erfüllung des von der Telegrafenverwaltung eingegangenen Vertrages. Daher tritt der Absender auch durch das bloße Ausfüllen des Depeschenformulars noch in keinerlei Beziehungen zum Empfänger.

[23]) cf. zum folgenden, Endemann, Handelsrecht III, S. 609 ff.
[24]) Arch. für ziv. Praxis, Bd. 43, S. 96.

Am Bestimmungsort wird die Depesche «ausgefertigt»; d. h. es wird der mittels der telegrafischen Schrift übermittelte Inhalt auf dem sog. Telegrammankunftsformular niedergeschrieben und dem Empfänger zugestellt. Die Depesche ist nun nicht eine Kopie der Urschrift und auch nicht eine Kopie der Erklärungszeichen, die an dem Bestimmungsort durch elektrische Kraft hervorgerufen wurden, wie Reyscher und Hepp behaupten, oder richtiger gesagt, sie ist nicht bloß eine solche Kopie; damit würde vielmehr nur die eine und unwichtigere Seite des Telegramms charakterisiert, nämlich sein Verhältnis zur Telegrafenverwaltung, nicht dasjenige zum Empfänger.

Ebensowenig ist es korrekt, wenn Busch[25]) die Depesche ansieht als ein Zeugnis darüber, was der Telegrafenbeamte am Bestimmungsort durch die telegrafische Zeichensprache mitgeteilt erhalten zu haben glaubt, oder wenn andere erklären, sie sei ein Zeugnis über den vom Telegrafisten der Aufgabestation ihm angezeigten Inhalt der Depeschenniederschrift. Denn in beiden Fällen müßte die Urschrift bereits an den Adressaten gerichtet sein. Nun ist es aber keineswegs die Absicht des Absenders, dem Vertragsgegner telegrafisch mitteilen zu wollen, daß er eine Erklärung abgegeben habe; sondern er will gerade mittels des Drahtes eine Erklärung abgeben, es soll zwischen ihm und dem Empfänger eine ähnliche Beziehung hergestellt werden, wie beim Telefon. Gerade dadurch unterscheiden sich Brief und Telegramm: Es wird nicht eine abgegebene Erklärung übermittelt, sondern es wird auf telegrafischem Wege eine Erklärung erst abgegeben; daher ist die Telegrammausfertigung nach heute anerkannter Ansicht die Originalurkunde selbst; sie ist eine Erklärung, die der Erklärende selbst abgibt, indem er sich einer besonderen Einrichtung, nämlich der tele-

[25]) Arch. für ziv. Praxis, Bd. 45, S. 9.

grafischen Feder, bedient. So auch Endemann und Wolke[26]).

Ist das Telegramm zunächst in Zeichenschrift bei dem Ankunftsort aufgenommen worden, so ist sowohl diese wie die vom Beamten in Buchstaben übertragene Erklärung als direkte Erklärung des Telegrafierenden anzusehen. (So auch Wolke.)

Das entspricht auch der allgemeinen Verkehrsauffassung. Der Empfänger eines Telegramms denkt nicht, er habe ein Zeugnis der Telegrafenverwaltung in der Hand, oder er habe eine Kopie, sondern er hält die Depesche für die unmittelbare Erklärung des Absenders; vielfach wird ihm sogar die vorgegangene Umformung gar nicht klar zum Bewußtsein kommen.

Auch das Reichsgericht hat sich zu dieser Ansicht bekannt. Während es noch im Jahre 1880 eine andere Auffassung vertreten hatte, betonte es, unter Änderung seiner früheren Praxis im Jahre 1883[27]), die Depeschenausfertigung sei die direkte Willenserklärung des Absenders.

Bei dieser Auffassung paßt, streng genommen, der Ausdruck «Ausfertigung» für diese Urkunde nicht; denn eine «Ausfertigung» im juristischen Sinne ist eine Kopie, die bestimmt ist, die Urschrift im Rechtsverkehr zu vertreten. Es empfiehlt sich daher, sie schlechtweg Depesche zu nennen.

Wenn nun Originalurkunde und Telegramm sich nicht entsprechen, so muß konsequenterweise das Folgende gelten: Was auf der Urschrift steht, bleibt für den Adressaten bedeutungslos; nur die auf der Depesche ersichtliche Willenserklärung ist ihm gegenüber abgegeben. Daß sich besondere Folgen aus einer solchen Verstümmelung ergeben, beruht auf später zu behandelnden Grundsätzen.

---

[26]) Telegrafenrecht, Bd. II, S. 84.

[27]) Entsch. des Reichsger. (Str. S.) VIII, S. 100.

Um nun telegrafisch einen Vertrag zu schließen, bedarf es zweier Telegramme, je eines für die Offerte und für die Annahme. Um daher einen Vertrag untereinander auf telegrafischem Wege schließen zu können, müssen die Parteien zuvor zwei andere Verträge eingehen, nämlich mit der Telegrafenverwaltung, oder richtiger mit dem Staat, mit dem Fiskus, in Deutschland nämlich mit dem Reichsfiskus. Welcher Art diese sind, ist bestritten. Es ist sogar geleugnet worden, daß es sich überhaupt um Verträge handele. So z. B. von Zorn[28]). Er folgerte das aus dem öffentlichen Charakter der Telegrafenanstalt; es bestünden bloß öffentlich-rechtliche Beziehungen zwischen Absender und Anstalt; ein Beweis war ihm der Kontrahierungszwang; und eine naheliegende Analogie, das Verhältnis der Parteien zu den Gerichten, schien diese Ansicht zu stützen.

Aber es besteht eben doch ein Unterschied; die Rechtsprechung ist eine notwendige Funktion der Staatsgewalt, nicht so die Telegrafie; diese ließe sich sehr gut als Monopol einer Gesellschaft denken. Sie ist nicht ein Ausfluß der Staatshoheit. Der Staat betreibt vielmehr die Telegrafie wie ein anderes Gewerbe auch, wie er z. B. eine Bank oder ein Bergwerk betreiben kann. Und dann hat Laband[29]) mit Recht darauf hingewiesen, daß der Kontrahierungszwang allein keinerlei Beweis ablege, da er ebensogut bei Privatbetrieben vorkommen könne.

Die Telegrafenverwaltung kann daher zum Einzelnen in eine privatrechtliche Beziehung treten; und in eine solche tritt sie auch zum Absender eines Telegrammes. Diese Beziehung ist zwar nicht ein Auftragsverhältnis; und wenn wir vorhin von einem solchen gesprochen haben, so war das in populärem, nicht in juristischem Sinne gemeint; sondern die Telegrafenverwaltung verpflichtet sich zur Herstellung eines Werkes, zur Herbei-

[28]) Staatsrecht II, S. 274.

[29]) Staatsrecht III, S. 77/78.

führung eines Erfolges, nämlich gewisse Erklärungszeichen zu schaffen, und diese in verständlicher Sprache dem Adressaten zuzustellen. So die herrschende Meinung [30]).

Dieser Werkvertrag wird nun allerdings abgeschlossen von einem Beamten; dieser handelt aber in Ausübung einer Vertretungsmacht; und daher tritt die Telegrafenverwaltung ohne weiteres in die vom Beamten geschaffene Lage ein. § 164 B. G. B.

Besteht nun auch eine Rechtsbeziehung zwischen Telegrafenverwaltung und Empfänger? Meili wollte den oben behandelten Werkvertrag als Vertrag zugunsten Dritter konstruieren, das Recht des Dritten entstehe aber erst durch seinen Beitritt; dadurch, daß er die Verpflichtung der Telegrafenverwaltung annehme. Diese Auffassung hat sehr geringe Bedeutung; — meist wird der Adressat vom Telegramm erst dann etwas erfahren, wenn es ihm zugestellt wird; — aber auch rechtlich ist sie nicht haltbar. Der Adressat hat für die Telegrafenverwaltung bloß insofern Bedeutung, als sie ihm gegenüber ihre Pflicht zu erfüllen hat. Der Beamte ist dem Adressaten zur Abgabe des Telegramms nicht verpflichtet auf Grund eines Vertragsverhältnisses, sondern auf Grund seiner Amtspflicht. § 19, 1 T. O. scheint diese Auffassung zu bestätigen. Er bestimmt nämlich, daß der Absender, solange noch Zeit ist, das Telegramm zurückziehen kann. Er könnte also willkürlich das schon entstandene Recht des Empfängers wieder zerstören. Das ist nicht gut denkbar; und so erscheint es natürlicher, anzunehmen, daß dieser vom Empfang der Depesche ein Forderungsrecht noch nicht hatte. Allerdings darf diese Folgerung aus § 19 nicht mit Bestimmtheit gezogen werden, weil nach § 328, 2 B. G. B. aus den Umständen zu entnehmen ist, ob den Vertragsschließenden die Befugnis bleibt, das

[30]) Wolke, S. 87, Frenkel, S. 11.

Recht des Dritten ohne seine Zustimmung aufzuheben. Ebenso Frenkel[31]).

War diese Entstehung eines telegraphischen Vertrages mehr theoretisch interessant, so hat eine weitere Frage sehr große praktische Bedeutung: Können auch schriftliche Verträge, also Verträge, bei denen die Schriftform ein Essentiale ist, telegrafisch abgeschlossen werden?

Diese Frage ist schon lange vor dem B. G. B. aktuell geworden und wurde schon früher sehr verschieden beantwortet. Während Blunschli einmal den Ausspruch tat: es fehle nicht weniger als alles, um die gesetzlichen Erfordernisse zu erfüllen, hat bereits 1861 eine Entscheidung des Preußischen Obertribunals die Benutzung des Telegrafen bei formell-schriftlichen Verträgen für zulässig erklärt. Die Folgezeit brachte einen lebhaften Streit unter den deutschen Juristen, über den ausführlich Maas[32]) berichtet. Einen wertvollen Beitrag lieferte sodann das schweizerische Obligationenrecht, dessen Artikel 12. II lautet: Sofern nicht etwas anderes bestimmt ist, gilt als schriftliche Form auch der Wechsel von Telegrammen, vorausgesetzt, daß die Originaldepeschen die Unterschrift der Parteien tragen. Die gleiche Lösung hat Meili[33]) gegeben, der diese Streitfrage in seinem Telegrafenrecht einer eingehenden Prüfung unterzog. Auch der I. Entwurf des B. G. B. hatte dasselbe bestimmt: bei telegrafischer Übermittlung genüge es, wenn die Aufgabeschrift eigenhändig unterschrieben sei.

Einen ganz neuen Gesichtspunkt brachte in dieser Streitfrage das B. G. B., indem es einen Unterschied machte zwischen gesetzlicher und vertraglicher Schriftform. Die hierher gehörenden Paragraphen haben nämlich folgenden Wortlaut: § 126, 1: Ist durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben, so muß die Urkunde vom

[31]) a. a. O., S. 22.
[32]) a. a. O., S. 80.
[33]) a. a. O., S. 65—89.

Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift unterzeichnet werden. § 126, 2: Bei einem Vertrag muß die Unterzeichnung auf derselben Urkunde erfolgen. Werden über den Vertrag mehrere gleichlautende Urkunden aufgenommen, so genügt es, wenn jede Partei, die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet. § 127: Die Vorschriften des § 126 gelten auch für die durch Rechtsgeschäft bestimmte Form. Zur Wahrung der Form genügt telegrafische Übermittlung.

Wenn nun eine empfangsbedürftige Willenserklärung der Schriftform bedarf, so hat das die Bedeutung, daß eine diese Erklärung enthaltende Urkunde mit eigenhändiger Unterschrift dem Empfänger zugehen muß. Es genügt nicht, daß diese Erklärung zwar schriftlich abgegeben wurde, aber dem Adressaten in irgend einer anderen Form mitgeteilt wird, das folgt aus § 130 B. G. B. Da nun nicht die aufgegebene Urkunde, sondern die ausgefertigte Depesche dasjenige Schriftstück ist, das in die Hände des Empfängers gelangt, dieses aber nie vom Aussteller eigenhändig unterschrieben sein kann, kann ein Telegramm der Schriftform von § 126 nie genügen, auch dann nicht, wenn die Urschrift eigenhändig unterzeichnet war. Denn diese bleibt, wie nachgewiesen wurde, rechtlich ganz außer Betracht.

Man könnte nun sagen, das Telegramm ist zwar nicht von der Partei, aber von der Telegrafenverwaltung als Vertreterin der Partei «eigenhändig unterzeichnet», falls man nämlich, sich der Ansicht des Reichsgerichts anschließend, eine eigenhändige Unterschrift auch durch Vertreter will abgeben lassen. — Aber auch dann müßte man zu unserem Ergebnis kommen. Nämlich § 127 bestimmt ausdrücklich, daß für v e r t r a g l i c h e Schriftform telegrafische Übermittlung genüge; — und das gilt sowohl für einseitige Rechtsgeschäfte wie für Verträge — diese Vorschrift des § 127 ist aber in ausdrücklichen Gegensatz gestellt zu § 126, hieraus folgt sinngemäß, daß

telegrafische Übermittlung zur Wahrung der gesetzlichen Schriftform eben nicht genügt.

Im Fall der vertraglichen Schriftform ist es aber nicht erforderlich, daß die Telegramme gleichlautende sind; das folgt aus § 127; und ferner wird es auch gleichgültig sein, ob die Urschriften eigenhändig unterschrieben sind oder nicht; denn diese Urschriften bleiben, wie wir vorhin sagten, für den telegrafisch abgeschlossenen Vertrag rechtlich ganz außer Betracht. § 127, S. 2, sagt auch darüber nichts; und das Gesetz hätte, wenn es eigenhändige Unterschrift der Urschriften hätte verlangen wollen, dies, angesichts der großen Streitigkeiten, die früher schon über dies Erfordernis bestanden hatten, ausdrücklich bestimmen müssen. Anderer Meinung v. Tuhr, Cosack und Oertmann. «§ 27 sei eine Sonderregel und als solche streng auszulegen.» Das ist ja richtig; aber § 127 ist auch bloß eine Auslegungsvorschrift; die Parteien können jederzeit das Gegenteil vereinbaren; und da sie auch nachträglich eine nach § 126 formgerechte Urkunde verlangen können, erscheint unsere Auffassung ohne jede Gefahr.

Ein weiterer gemeinrechtlicher Streit hat ebenfalls im B. G. B. seine Lösung gefunden; nämlich die Frage nach der Rechtslage bei einer unrichtigen Übermittlung der telegrafischen Vertragserklärung. Die herrschende Ansicht des gemeinen Rechts ging dahin, in diesem Fall sei ein Vertrag überhaupt nicht entstanden. Anders nach dem B. G. B. Hier kommt allerdings nicht etwa § 155 zur Anwendung, der den Fall ins Auge faßt, wo zwei gültige Erklärungen abgegeben sind und nur die Einigung, der Konsens, fehlt; denn im vorliegenden Fall besteht ein Fehler innerhalb der einzelnen Willenserklärung, ähnlich wie beim Irrtum, nur mit dem Unterschied, daß sich der Erklärende dort eines falschen Erklärungszeichens bediente, während hier durch das Zutun Dritter ein richtig abgegebenes Erklärungszeichen nachträglich in ein

falsches umgewandelt worden ist. Daher richtet sich der Fall nach § 120. Das bedeutet, die verstümmelte Erklärung ist gültig, aber sie ist anfechtbar unter den bekannten Voraussetzungen des § 119. Die Anfechtung muß unverzüglich erfolgen (§ 121) und hat nach § 122 eine Schadensersatzpflicht des Anfechtenden zur Folge.

Man hat nun in der Theorie, offenbar unter dem Einfluß des früher vertretenen Gedankens einer culpa in contrahendo bei Benutzung des Telegrafen diesen § 122 einschränken wollen, indem man sagte, die Schadensersatzpflicht sei nicht gegeben, wenn der Erklärende den Telegrafen auf Veranlassung seines Vertragsgegners benutzt habe; insbesondere, wenn er dem Offerenten auf Grund bezahlter Rückantwort die Annahmeerklärung abgegeben habe. So Cosack, Planck, Schiller u. a. Schiller mit einer eigenartigen Begründung: der Telegraf erscheine als Bote des Offerenten, der den anderen zu seiner Benutzung veranlasse; der Empfänger leihe gewissermaßen durch die Telegrafenanstalt der anderen Partei Gehör; verhöre er sich, so falle das ihm zur Last. Diese Konstruktion ist zu sehr gekünstelt. Vielmehr liegt die Sache so: Die Parteien sind beide schuldlos und da nun einmal der Schaden von einer der unschuldigen Parteien getragen werden muß, liegt es nahe, ihn eben demjenigen aufzubürden, der denselben unmittelbar verursacht hat. Jedenfalls wäre es ungerechtfertigt, da beide gleich wenig verantwortlich sind, dem Gesetz eine gezwungene Interpretation zu geben. Unsere Ansicht wird vor allem vertreten von Jacubezky[34]), allerdings mit etwas anderer Begründung; die telegrafische Erklärung ist Erklärung des Absenders, auch wenn er sich des Telegrafen nur deshalb bedient hat, weil der andere Teil telegrafische Antwort verlangt hatte. Dieser übernimmt damit nicht die Gefahr, «sondern gibt nur den Willen kund, sich

[34]) cf. Staudinger zu § 120.

keinen größeren als den bei Benutzung des Telegrafen erforderlichen Zeitaufwand gefallen zu lassen».

Ist nur die Form der Erklärung, nicht der Inhalt verstümmelt, so gibt es keine Anfechtung, denn § 120 spricht von der unrichtigen Übermittlung der Willenserklärung: Es muß also etwas anderes erklärt worden sein. Sonst aber steht das Anfechtungsrecht dem Erklärenden zu, ohne Rücksicht darauf, ob das falsche Telegramm auf undeutliche Niederschrift, auf Fahrlässigkeit des Beamten oder auf höhere Gewalt zurückzuführen ist.

Bezüglich des letzteren Punktes hatten sich allerdings bei der Kodifikation des B. G. B. Schwierigkeiten ergeben; wie wir aus den Protokollen zum B. G. B., S. 117, entnehmen. Eine Mehrheit in der Kommission war dafür, man sollte hier eine Ausnahme von der Regel machen; in diesem Falle solle die Erklärung nicht bloß anfechtbar, sondern nichtig sein; eine Minderheit war aber dagegen. Man führte an, der Begriff der höheren Gewalt sei zu unbestimmt, um darauf einen Unterschied zu gründen; es sei ungerecht, die Härte, die allerdings in der Haftung des Erklärenden liege, auf Kosten eines Dritten auszugleichen. In dritter Lesung wurde denn diese Bestimmung auch verworfen, sodaß sie nicht in das B. G. B. überging.

Hingegen dürfte wohl eine solche Ausnahme von § 120 dann gemacht werden können, wenn der Beamte die abgegebene Erklärung vorsätzlich veränderte, oder wenn er überhaupt eine ganz andere Erklärung übermittelte. In letzterem Falle ist die Sache klar: es besteht keinerlei Kontinuität zwischen beiden Erklärungen; § 120 fordert aber eine Abänderung der abgegebenen Erklärung; die verstümmelte Erklärung muß also ihre Identität mit der früheren immer noch beibehalten haben. So auch die herrschende Ansicht[35]). Anders Breit und vor allem

[35]) Dernburg, § 145 V; Crome, § 94, Anm. 12; Enneccerus, § 146, Anm. 5.

Staudinger, der sich durch die zweifellos vorhandenen Abgrenzungsschwierigkeiten bestimmen läßt.

Dieselbe Folgerung müssen wir aber wiederum mit der herrschenden Ansicht, und zwar diesmal in Übereinstimmung mit Staudinger, auch dann ziehen, wenn der Telegrafenbeamte die Erklärung vorsätzlich veränderte. Eine Analogie zu einer Frage des Strafrechts führt uns zu dieser Lösung, nämlich ein Vergleich mit der sog. Unterbrechung des Kausalzusammenhanges.

So wie dem A. eine Willensbetätigung nicht zugerechnet wird, wenn nachträglich B. (ohne Mittäter zu sein) den Erfolg vorsätzlich herbeiführte, so kann hier ein Irrtum, der auf Grund einer Willenserklärung des A. hervorgerufen wurde, diesem nicht zur Last gelegt werden, wenn B. diesen Irrtum vorsätzlich herbeiführte. Staudinger[36]) motiviert seine Ansicht anders: Der Erklärungsherr haftet nur für den Erklärungsmittler. Wo dieser bewußt einen ihm nicht aufgetragenen Erklärungsinhalt überbringt, geht er über die Funktion als bloßer Mittler hinaus, er wird Träger einer eigenen Erklärung.

Wenn nun das ursprüngliche Telegramm gar keine Willenserklärung enthielt, sondern irgend eine andere Mitteilung, und nachträglich durch Verstümmelung daraus eine Willenserklärung, z. B. eine Vertragsofferte, gemacht wird, wie dann? Der Fall fällt nicht unter § 120, da dieser nur von Übermittlung einer Willenserklärung spricht; es muß daher eine solche von vornherein da gewesen sein. Fraglich ist nur, ob nicht eine analoge Anwendung des Paragraphen zuzulassen ist. Dann könnte man Verträge abschließen ohne eigenen Willen?

Das Oberlandesgericht Hamburg[37]) hat dies ausdrücklich abgelehnt und ebenso Staudinger, mit vollem Recht.

[36]) cf. zu § 120.
[37]) Urt. v. 8. III. 97.

In allen diesen Fällen, wo § 120 nicht Platz greift, ist die Erklärung also ohne weiteres nichtig. Daher kommt hier auch überall die Schadensersatzpflicht des § 122 nicht in Betracht.

Doch mit diesem § 122 ist die Frage nach dem Ersatz des Schadens nicht restlos gelöst. Der Absender ersetzt dem Empfänger nur das sog. negative Vertragsinteresse, das aber nicht über das positive hinausgehen darf. Er muß also zwar allen Schaden ersetzen, den der andere dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraute, höchstens aber bis zum Betrage des Interesses, das dieser an der Erfüllung dieses Vertrages hatte. Aber wer hat für den weiteren Schaden, der eventl. dem Empfänger erwachsen ist, einzustehen? Und wäre es nicht unbillig, nun den Absender endgültig haften zu lassen? Wie ist es da mit einer Haftung der Telegrafenverwaltung und der Telegrafenbeamten?

Wir behandeln diese Frage zunächst einmal im Verhältnis zum Absender des Telegramms. Das zwischen ihm und der Telegrafenverwaltung abgeschlossene Geschäft nannten wir einen Werkvertrag. Der Staat handelt hier also als Privatmann, und seine Haftung regelt sich demnach auch nach den Grundsätzen des Privatrechts, d. h. des B. G. B. Und da ergibt sich folgendes: Die Beamten, die die Telegramme besorgen, gehören zu den in § 278 bezeichneten Personen, deren sich der Staat zur Erfüllung seiner (sich nämlich aus dem Werkvertrage ergebenden) Verbindlichkeiten bedient. Der Staat hat somit das Verschulden dieser Personen in gleichem Umfange wie sein eigenes zu vertreten. Beim Werkvertrag haftet er somit (nach § 276) für Vorsatz und Fahrlässigkeit derselben. Demnach hätte der Staat bei unrichtiger Übermittlung einer telegrafischen Erklärung, wenn seine Beamten auch nur fahrlässig handelten, nach § 635 Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten.

So wäre es an und für sich. Nun ist aber in der T. O. vom 9. VI. 97, § *22* Abs. *2*, folgendes bestimmt: Die Telegrafenverwaltung leistet für richtige Überkunft der Telegramme oder deren Überkunft und Zustellung innerhalb einer bestimmten Frist keinerlei Gewähr, und hat Nachteile, welche durch Verlust, Entstellung oder Verspätung der Telegramme entstehen, nicht zu vertreten.

Wie ist diese Bestimmung zu beurteilen?

Art. 50, *2* R. V. gibt dem Kaiser in Sachen des Telegrafenwesens ein Verordnungsrecht; also das Recht, ohne Mitwirkung der Volksvertretung auf diesem Gebiete Gesetze, sog. Rechtsverordnungen zu erlassen.

Die T. O. von 1897 ist aber nicht vom Kaiser, sondern vom Reichskanzler erlassen; und dieser hat hier kein Verordnungsrecht, auch kein stillschweigendes, da dieses immer nur durch ein (formelles) Gesetz verliehen werden kann.

Daher ist die T. O. jedenfalls keine gültige Rechtsverordnung, also kein Gesetz; und es ist nur fraglich, ob ihr nicht auf andere Weise doch eine Bedeutung zukommt. Und sie hat eine Bedeutung, nämlich (nach L a b a n d) als Vertragsnorm, d. h. sie ist anzuschauen als eine Verwaltungsverordnung, also als ein genereller Dienstbefehl an die Telegrafenbehörden, nur Verträge mit dem Publikum unter den in den T. O. bezeichneten Bedingungen zu schließen. Die Bestimmungen der T. O. gelten als die Grundlage eines jeden mit der Telegrafen-Verwaltung abgeschlossenen Vertrages, und die Personen, die Telegramme aufgeben, und dazu in ein Vertragsverhältnis zur Telegrafenverwaltung treten, unterwerfen sich stillschweigend den festgesetzten Bedingungen, da sie sonst gar keinen Vertrag eingehen könnten. Wenn daher in T. O. § *22* steht, die Telegrafenverwaltung hafte nicht für Verschulden ihrer Beamten, so unterwirft sich jeder kontrahierende Private auch dieser Bestimmung. Nun bestimmt aber § *276*, *2* B. G. B., daß die Haftung für Vor-

satz nicht im voraus ausgeschlossen werden könne. Dieser Grundsatz ist aber gerade für einen Fall ausdrücklich durchbrochen: Die Haftung wegen Vorsatzes einer Hilfsperson k a n n im voraus ausgeschlossen werden. § 278, 2. Daher bleibt die Bestimmung des § 22 T. O. trotz der Ungültigkeit der Telegrafenordnung als Gesetz dem Absender gegenüber, in vollem Umfange wirksam.

Nur in einem Falle liegt die Sache anders: Wenn die Telegrammverstümmelung nicht zurückzuführen ist auf das Verschulden eines Beamten, der, wie es fast immer der Fall sein wird, als Hilfsperson der Telegrafenverwaltung fungiert, sondern eines solchen, der ihr verfassungsmäßig berufener Vertreter ist. Welche Beamte hierher gehören, ist allerdings bestritten. Das R. G. hat in verschiedenen Entscheidungen ausgeführt (Bd. 62, S. 276 in Zivils.), das Kriterium sei ihre Berufung zur Tätigkeit innerhalb eines Geschäftsbereichs durch die ihre V e r w a l t u n g s o r g a n i s a t i o n regelnden Bestimmungen; demnach würden z. B. die Vorstände des Reichspostamts und der Oberpostdirektionen hierher gehören, denen die Telegrafenämter ja unterstellt sind. Wenn ein Verschulden solcher Beamten die Ursache einer Verstümmelung ist, dann haftet der Reichsfiskus gemäß den §§ 31 und 89 B. G. B., d. h., da Verfehlungen, die von den Willensorganen einer juristischen Person innerhalb ihrer gesetzlichen Obliegenheiten begangen werden, als eigene Versehen der juristischen Person anzusehen sind (E. R. G. in Zivils., Bd. 53, S. 27), für eigenes, nicht für fremdes Verschulden. In diesem Fall wird dann der § 276, 2 B. G. B. von Wichtigkeit, d. h. der Fiskus haftet trotz § 22 T. O. bei Vorsatz eines Beamten. Bei Fahrlässigkeit haftet er auch hier nicht.

Um so wichtiger ist die Frage, inwiefern der Telegrafenbeamte selber dem Absender eines Telegrammes haftet. Daß die Telegrafisten, die das Telegramm besorgen, Beamte sind, unterliegt keinem Zweifel, und zwar

sind sie sog. mittelbare Reichsbeamte, da sie zwar vom Bundesstaate angestellt, aber den Anordnungen des Kaisers Folge zu leisten verpflichtet sind. Mit dem Telegrafisten steht der Absender nun in keinem Vertragsverhältnis, sondern nur mit der Telegrafenverwaltung, oder vielmehr mit dem Staate. Die Haftung desselben ist also höchstens eine außerkontraktliche, keine vertragliche; und zwar bestimmt sie sich in erster Linie nach § 389 B. G. B.; der Beamte, der einem Dritten gegenüber vorsätzlich oder fahrlässig seine Amtspflicht verletzt, hat dem Dritten den ihm daraus erwachsenden Schaden zu ersetzen; bei Fahrlässigkeit aber nur subsidiär. Neben § 839 sind dem Verletzten gegen den Beamten noch konkurrierend die Ansprüche aus § 823, 2 B. G. B. (z. B. wenn der Beamte den Tatbestand des § 355 Str. G. B. erfüllt), und eventl. aus § 826 B. G. B. gegeben. Nur wird man, wo die §§ 823, 2 und 839 nebeneinander konkurrieren, den Beamten wegen Fahrlässigkeit aus § 823, 2 auch nur subsidiär haften lassen können.

Dem Empfänger gegenüber wird die Haftung von Telegrafenbeamten und Telegrafenverwaltung von geringerer Bedeutung sein, da dieser sich in erster Linie an den Absender halten kann. Die Haftung der Telegrafenverwaltung gestaltet sich hier von der vorigen verschieden. Mit dem Empfänger hat dieselbe ja keinen Vertrag geschlossen; die T. O. kann hier also als Vertragsnorm nicht in Betracht kommen; da sie aber auch kein Gesetz ist, ergibt sich, daß der § 22, 2 T. O. einfach unbeachtet bleiben muß. Dem Empfänger gegenüber sind nun die Telegrafisten Personen, die die Telegrafenverwaltung zu einer Verrichtung bestellt hat; so haftet sie auch dem Empfänger für Vorsatz und Fahrlässigkeit derselben auf Grund und gemäß § 831 B. G. B.

Hingegen gelten für die direkte Haftung der Beamten gegenüber dem Empfänger dieselben Vorschriften, die wir vorhin bezüglich des Absenders festgestellt haben.

Alle diese Grundsätze haben gerade in der neuesten Zeit ihre besondere Bedeutung erhalten, nämlich im Großhandel, namentlich an der Börse, wo telegrafisch abgeschlossene Verträge an der Tagesordnung sind, wo viele Verträge ohne Telegrafen gar nicht denkbar wären. So ist eine Maschine, die vor nicht allzu langer Zeit ein elegantes Spiel der vornehmen Welt genannt worden war, zu einem Gegenstand von größter wirtschaftlicher Bedeutung und von größtem juristischen Interesse geworden.

§ 9.

Vertragsschluß durch Benutzung des Ferndruckers und Fernschreibers.

Meili[38]) hat im Jahre 1892 den Ausspruch getan, die Unsicherheit des Telefonrechtes werde solange dauern, als nicht der Phonograf kontrollierend und ergänzend zur Hilfe komme.

Der hier ausgesprochene Gedanke ist nun zwar nicht in Erfüllung gegangen; zwei andere geeignetere Erfindungen haben den Phonografen unnötig gemacht, nämlich der Ferndrucker und Fernschreiber.

Sie bilden beide, sowohl technisch wie juristisch betrachtet, ein Mittelding zwischen Telefon und Telegrafen. Der allerneuesten Zeit angehörend, sind sie im Gesetz noch in keiner Weise beachtet; daher sind allein auf Grund der Logik und aus dem Geiste des Gesetzes die Normen zu entnehmen, denen sie unterstellt sind. Trotz mancher Ähnlichkeiten weisen Ferndrucker und Fernschreiber untereinander verglichen große Verschiedenheiten auf, und diese nötigen uns, sie im folgenden einer getrennten Behandlung zu unterziehen.

[38]) Telef. u. Telegr. in ihrer Bedeutung für die kaufmännische Welt.

Der äußere Vorgang bei der Benutzung des Ferndruckers ist der folgende: Durch Vermittlung eines Amtes treten zwei oder mehrere Personen miteinander in unmittelbare Verbindung. Der Aufgeber benutzt nun eine einfache Klaviatur, wie bei der Schreibmaschine und setzt damit den Apparat des Empfängers in Tätigkeit; bei diesem erscheint auf einem sich automatisch abrollenden Papierstreifen in Druckschrift die abgegebene Erklärung; zugleich empfängt auch der Aufgeber von seinem Apparat einen Streifen gleicher Art und gleichen Inhalts.

Die Parteien stehen also in direkter Verbindung, wie beim Telefon; aber sie verhandeln nicht mündlich, sondern schriftlich; und darin liegt die große Bedeutung des Apparates: Die einmal abgegebene Erklärung ist festgelegt, wie beim Telegramm; und sie wird nicht abgegeben durch Vermittlung anderer Personen wie beim Brief, sondern direkt. Haben wir früher gesprochen von einer telegrafischen Feder, so läßt sich der Ferndrucker mit noch viel größerem Recht eine elektrische Feder nennen; er ist eine Schreibmaschine, die nur die Eigentümlichkeit hat, daß sie in die Entfernung schreibt und daß sie die Erklärung in beliebig zahlreicher Weise reproduziert, nämlich beim Apparat des Aufgebers und sämtlicher verbundener Empfänger.

Die früher behandelten Streitfragen treten nun auch hier wieder auf; vor allem die, ist der durch Benutzung des Ferndruckers geschlossene Vertrag ein solcher unter Anwesenden oder nicht? Entsprechend unseren früheren Ausführungen müssen wir sagen: Der Vertrag ist ein solcher unter Abwesenden; es fehlt die körperliche Nähe; es fehlt sogar die Mündlichkeit. Aber die Parteien stehen in direkter Verbindung, und die Zeit, die die Willenserklärung braucht, von ihrer Abgabe bis zu ihrer Wirksamkeit ist unendlich klein. Daher wird vielfach Raum gegeben sein für eine analoge Anwendung der Vorschriften, die für Verträge unter Anwesenden gelten.

Weiter: Wann ist die Ferndruckererklärung vollendet? Wir haben im Vorigen die Ansicht vertreten, daß in allen Fällen die Empfangstheorie gelten müsse; daher auch für eine Erklärung durch Ferndrucker. Eine solche wird somit wirksam mit ihrem Zugehen; d. h. sobald die nicht durch Zufälligkeiten des Einzelfalles begründete Möglichkeit besteht, daß sie vom Adressaten vernommen werde; also in der Regel, sobald der bedruckte Papierstreifen in den Besitz des Empfängers gelangt; unter Umständen erst später, z. B. in dem von Sames[39]) erwähnten Fall, wenn der Apparat eines Rechtsanwalts am Sonntag oder außerhalb der Geschäftsstunden in Tätigkeit gesetzt wird; genau wie der Brief, der in später Nacht in meinen Briefkasten gelegt wird, mir erst am nächsten Morgen zugegangen ist; denn erst dann besteht diese «Möglichkeit».

Mit ihrer Wirksamkeit wird die Ferndruckererklärung unwiderruflich, d. h. bindend; aber wie lange ist sie bindend? Wolke[40]) meint, eine Offerte durch Ferndrucker müsse angenommen werden, wie ein Antrag, der sich an einen Abwesenden richtet. Wir sagen, sie muß sofort angenommen werden. Ausschlaggebend ist hier, daß die Parteien in direkter Verbindung miteinander stehen, und daß die Zeit, die die Erklärung bis zu ihrem Zugehen braucht, unmeßbar klein ist, wie bei der mündlichen Erklärung und wie beim Telefon. Daher ist die Möglichkeit gegeben, daß Offerte und Annahme Schlag auf Schlag aufeinander folgen; außerdem trägt der Ferndruckerverkehr den Charakter der Dringlichkeit; daher wird man auch annehmen müssen, daß im Geschäftsverkehr jeder, der sich einen Ferndrucker hält, ihn innerhalb der Geschäftsstunden kontrolliert, sei es persönlich, sei es durch bevollmächtigte Vertreter. Jedenfalls muß aber der Erklärende damit rechnen können, daß dies geschieht. Sobald dies

[39]) a. a. O., S. 1179.
[40]) Telefonrecht II, S. 127.

aber der Fall ist, sind alle Voraussetzungen erfüllt, welche einst dazu geführt haben, den Antrag per Telefon von Person zu Person demjenigen unter Anwesenden gleichzustellen. Daher wird man auch hier eine analoge Anwendung des § 147, 1, S. 2 sehr wohl rechtfertigen können. Dazu kommt die Tatsache, daß der Ferndrucker doch nur bestimmt war, eine Verbesserung des telefonischen Verkehrs herbeizuführen, nicht Nachteile hervorzurufen, die jenem fremd sind.

S a m e s will für den Zeitpunkt der Wirksamkeit wie für die Dauer der Bindung einen Unterschied machen je nachdem, ob der Adressat in der Nähe des Apparates anwesend sei, oder nicht. Im ersten Falle sei die Offerte bindend, wenn er sie vernehme, und hier müsse sie sofort angenommen werden; im zweiten Falle werde sie wirksam mit dem Zugehen und brauche nicht gleich angenommen zu werden.

Beides zu Unrecht. Die Wirksamkeit einer Erklärung hinge ja ab von Momenten, die ganz ein Spiel des Zufalles wären. Der Erklärende lebte in ständiger Unsicherheit darüber, ob er schon und ob er noch gebunden sei. Mit diesem Resultat müßte aber der Ferndrucker wenigstens für den Geschäftsverkehr aus der Reihe der brauchbaren Kommunikationsmittel ausscheiden.

Kommt infolge falschen Funktionierens die Erklärung verstümmelt zum Vorschein, so findet § 120 Anwendung. Gibt der Erklärende aber eine falsche Erklärung ab, weil er den Apparat nicht richtig zu handhaben versteht, so wird er, weil er eine Erklärung dieses Inhalts nicht abgeben wollte, nach § 119 B. G. B. anfechten können.

Von Wichtigkeit ist die Frage, ob auch schriftliche Rechtsgeschäfte mittels des Ferndruckers abgeschlossen werden können. Für die vertragliche Schriftform wird das zu bejahen sein. Das ergibt sich aus § 127, denn nach § 127 genügt telegraphische Übermittlung, und in dieser Hinsicht

sind Telegraf und Ferndrucker wesensgleich. Hingegen wird der gesetzlichen Schriftform, infolge der Vorschriften des § 126, nicht genügt werden können.

Einige Abweichungen hiervon gelten für den Fernschreiber[41]). Dieser ermöglicht nicht ein Ferndrucken, sondern ein Schreiben in die Entfernung; d. h. die Buchstaben werden nicht in mechanischer Reproduktion, sondern in den Schriftzügen des Schreibenden auf dem Aufnahmeapparate sichtbar. Zugleich ist der Apparat mit einem Telefon verbunden, und zwar in der Weise, daß das Anrufen des Empfängers an das Telefon auch den Fernschreiber in Tätigkeit setzt. Hat nun A. mittels des Amtes die Verbindung mit B. hergestellt, so ist ihm damit ermöglicht, seine Wünsche zugleich mündlich und schriftlich, nämlich mittels eines am Apparate befindlichen Stiftes, zum Ausdruck zu bringen. Man kann sich somit bei der Benutzung des Fernschreibers ohne weiteres darüber orientieren, ob der Vertragsgegner zu Hause ist oder nicht. Ruft man ihn an und ist er da, so kommen die beim Telefon entwickelten Grundsätze zur Anwendung: Der auf diesem Wege abgegebene Vertragsantrag wird bindend mit dem Zugehen, das bedeutet hier mit der Abgabe; er muß sofort angenommen werden. Ist der Gegner aber nicht zu Hause, oder wird er überhaupt nicht an den Apparat gerufen, so wird man die Regeln, die für Abwesende gelten, zur Anwendung bringen müssen. — Somit wird hier allerdings, wie S a m e s es fälschlicherweise für den Ferndrucker versucht hat, bezüglich der Dauer der Bindung des Offerenten ein Unterschied gemacht werden müssen, je nachdem, ob der Gegner in der Nähe des Apparates ist oder nicht; aber aus gutem Grunde: Hier liegt es allein beim Erklärenden, sich über die Anwesenheit der Gegenpartei zu orientieren. Tut er es nicht, oder benutzt er den Apparat trotz Kenntnis der Abwesenheit,

[41]) cf. zum folgenden, Abhdlg. von G u t h, D. J. Z. 1910, S. 761.

so bringt er damit zum Ausdruck, daß er sich seine nun notwendig schriftlich erfolgende Erklärung denkt als einen Brief oder ein Telegramm und entsprechend behandelt zu wissen wünscht.

Fraglich ist noch, ob sich Besonderheiten daraus ergeben, daß der Telewriter nicht in Drucktypen, sondern in Schriftform reproduziert? Hier ist zu betonen, die Urkunde, die beim Empfänger zum Entstehen gelangt, ist ebensowenig ein versendeter Brief wie das Telegramm; sondern der Erklärende schreibt mit einem Griffel mittels der elektrischen Kraft in die Entfernung. Daher ist die von ihm abgegebene Unterschrift, wie sie beim Empfänger erscheint, auch eine eigenhändige im Sinne des Gesetzes. Somit ist es möglich, einen Vertrag nach § 126 zu schließen, wenn man nämlich zwei Urkunden herstellt, die denselben Wortlaut haben. Strittig ist, ob für den Fall der vertraglich erforderten Schriftlichkeit auch die erleichterten Vorschriften des § 127 anwendbar sind, ob man also in diesem Falle auf den gleichen Wortlaut der beiden Urkunden und auch auf ihre Unterschrift verzichten darf. Hierbei werden, wie Guth[42]) ausführt, zwei Fälle zu unterscheiden sein: Ist die Gegenpartei anwesend, können also beide Parteien zugleich telefonisch verhandeln, so liegt ein Brief- oder Telegrammwechsel im eigentlichen Sinn gar nicht vor. Hier kann also § 127, S. 2 nicht zur Anwendung kommen; genau wie zwei körperlich anwesende Parteien die Form des § 127, 1 nicht dadurch umgehen können, daß sie sich gegenseitig Briefe überreichen; denn das würde dem Zweck des § 127, 2 widersprechen. Ist die Gegenpartei am Fernschreiber aber nicht anwesend, so ist die nun abgegebene schriftliche Erklärung ihrer Wirkung nach nichts anderes als ein Brief oder ein Telegramm. Es läßt sich somit in diesem Fall nach § 127, 2 sehr wohl auf diesem Wege ein Vertrag schließen, d. h. ohne daß gleich-

[42]) a. a. O., S. 761.

lautende Urkunden hergestellt werden. Ob auch die eigenhändige Unterschrift wegfallen darf, könnte bestreitbar sein. Faßt man die Fernschreibererklärung als Brief auf, dann nicht; wenn als Telegramm, dann wohl. So nach dem Wortlaut des Gesetzes. Wir möchten die Frage eher verneinen; denn ein Bedürfnis, die eigenhändige Unterschrift wegfallen zu lassen, besteht ebensowenig wie beim Brief, und im Zweifel ist doch die Auslegung zu wählen, die die Verkehrssicherheit am wenigsten gefährdet.

Literatur.

Auvers, Der Rechtsschutz der automatischen Ware. Diss. Göttingen, 1891.

Biermann, Rechtszwang zum Kontrahieren. Iherings Jahrb., Bd. 32.

Böhmert, Das Geschäft und der Rechtsschutz des Verkaufsautomaten. Diss. Erlangen, 1910.

Bruhn, Beiträge zur Lehre vom Abschluß der Verträge durch Telegraf. Diss. Erlangen, 1905.

Busch, Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 45.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1900.

David, Verhinderung bei Abgabe einer empfangsbedürftigen Willenserklärung in Gruchots Beiträgen, Bd. 46.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs, Bd. 1, 1906.

Dieringer, Willenserklärungen durch Fernsprecher. Diss. Tübingen, 1910.

Endemann, Handelsrecht, Bd. 3.
— Bürgerliches Recht, Bd. 1, 1903.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1911, Bd. 1.
— Rechtsgeschäfte.

Fitting, Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 52: Wesen des Titels bei der Ersitzung.

Frankenburger, Die rechtliche Bedeutung der Telefongespräche. Deutsche Juristenzeitung, 1904.

Franke, Zum Vertragsschluß durch Fernsprecher in «Das Recht», 1901.

Fränkel, Die unrichtige Erklärungsübermittlung auf telegrafischem Wege. Diss. Breslau, 1908.

Fuchs, Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 43.

Günther, Das Automatenrecht. Diss. Göttingen, 1892.

Gut, Deutsche Juristenzeitung, 1910: Über den Fernschreiber.

Habicht, Die Verhinderung der Abgabe einer Willenserklärung. Deutsche Juristenzeitung, 1901.

Hölder, Kommentar zum allgemeinen Teil des B. G. B., 1900.

— Willenserklärungen mittels Fernsprecher. Deutsche Juristenzeitung, 1901.

— Der Zugang der Willenserklärungen. Deutsche Juristenzeitung, 1901.

Ihering, Die Jurisprudenz des täglichen Lebens, 1873.

Jörges, Das Recht des Fernsprechverkehrs. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 56.

Jung, Von der logischen Geschlossenheit des Rechts in der Festgabe der Gießener Juristenfakultät für Dernburg, 1910.

Koppers, Willenserklärungen mittels Fernsprechers. Deutsche Juristenzeitung, 1901.

— Die Vollendung empfangsbedürftiger mündlicher Willenserklärungen. Gruchots Beiträge, Bd. 47.

— Zugehen mündlicher Willenserklärungen. Deutsche Juristenzeitung, 1906.

Laband, Staatsrecht, 1901, Bd. 3.

Leeser, Über die telefonische Vertragsannahme und ihre Verhinderung. Diss. Leipzig, 1909.

Leutke, Die unrichtige Übermittlung der telegrafischen Willenserklärungen. Diss. Leipzig, 1909.

Maas, Der Vertragsschluß auf elektrischem Wege, 1889.

Meili, Die Telegrafie und Telefonie in ihrer rechtlichen Bedeutung für die kaufmännische Welt, 1899.

— Das Telegrafenrecht, 1871.

— Das Telefonrecht, 1885.

Neumond, Der Automat in Arch. für ziv. Praxis, Bd. 89.

Oertmann, Zugehen und Vernehmen in «Das Recht», 1906.

Pagener, Beitrag zur Lehre vom Vertragsschluß unter besonderer Berücksichtigung des Vertragsschlusses mittels Fernsprecher. Diss. Heidelberg, 1908.

Plank, Kommentar zum bürgerlichen Recht, Allg. Teil.

Reichau, Der Vertragsschluß durch Fernsprecher. Diss. Jena, 1908.

Sames, Der Ferndrucker als Übermittler von Willenserklärungen, in der Deutschen Juristenztg., 1904.

Schiller, Die unrichtige Übermittlung von telegrafischen Erklärungen. Diss. Rostock, 1902.

— Rechtsverhältnisse des Automats. Diss. Zürich, 1898.

Staudinger, Kommentar zum B. G. B., Bd. 1.

Sohm, Vertragsschluß unter Abwesenden und mit einer incerta persona. Zeitschr. für Handelsrecht, Bd. 17.

— Institutionen, 4. Aufl.

Titze, Der Zeitpunkt des Zugehens bei empfangsbedürftigen schriftlichen Willenserklärungen. Iherings Jahrb., Bd. 47.

Wolcke, Telegrafenrecht, Bd. 2.

von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 1. Hälfte.

Zorn, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, 1897, Bd. 2.

Zschimmer, Die Offerte an das Publikum. Diss. Rostock, 1897.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 58.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 8.

Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe, 1888.

Motive zu dem Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich, Bd. 1.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B. G. B., Bd. 1.

Lebenslauf.

Ich, Johann Georg Friedrich Klein, bin geboren am 14. September 1891 zu Altweier (Kreis Rappoltsweiler, Ober-Elsaß) als Sohn des evangelischen Pfarrers Eduard Klein und seiner Ehefrau Luise, geb. Bierck. Im Jahre 1897 wurde mein Vater nach Gries (Kreis Straßburg-Land) versetzt. Von Ostern 1898 bis Herbst 1903 besuchte ich daselbst die Volksschule; sodann wurde ich auf Grund privater Vorbereitung in die Quarta des Gymnasiums zu Hagenau aufgenommen. Herbst 1899 verließ ich dasselbe, um in das Protestantische Gymnasium zu Straßburg einzutreten, in welchem ich Herbst 1910 das Zeugnis der Reife erhielt. Ich widmete mich sodann an den Universitäten Straßburg, Genf und Berlin dem Studium der Rechte, und bestand am 3. Juli 1914 die erste juristische Prüfung in Straßburg. Unter dem 16. Juli wurde ich zum Referendar ernannt und dem Amtsgericht in Bischweiler zur Beschäftigung überwiesen. Nach Vorlage der vorstehenden Arbeit an die hohe juristische Fakultät der Universität Straßburg bestand ich daselbst am 28. Oktober 1914 die mündliche Doktorprüfung.